
WIDENER LIBRARY
HX GFE9 I


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem, ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwey und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1820.

Lib. XXII. Tit. IV.

De fide instrumentorum.

§. 1157.

Instrumentum, Urkunde. Verschiedene Bedeutung. Begriff, und Arten. Erläuterung der L. 1. 2. u. 3. dieses Titels.

Als die beyden Hauptbeweismittel werden in den Römischen Gesetzen Urkunden und Zeugen angegeben [1]). Beyde werden durch die Ausdrücke *instrumenta* und *testes* unterschieden, und in dieser Beziehung unter jenen im eigentlichem Sinne schriftliche Aufsätze verstanden, welche zur Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit eines bestrittenen Thatumstandes von einer Parthey beygebracht worden sind. Allein das Wort *instrumentum* hat in dem Römischen Recht noch eine ausgedehntere Bedeutung. Es begreift nämlich im weitern Sinn sowohl schriftliche Urkunden als Zeugen, also die beyden Hauptbeweismittel unter sich.

1) PAULUS Sentent. Receptar. Lib. V. Tit. 5. §. 3. L. 15 Cod. h. t.

Dieß lehrt uns Paulus *libro secundo Sententiarum Receptarum* [2]), woraus folgende Stelle dieses Titels genommen ist.

L. 1. *h. t.* INSTRUMENTORUM nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia, quam personae *instrumentorum loco* habentur.

Nach der Erklärung, die Paulus hier von dem Wort *instrumentum* macht, wird solches für ein jedes Beweismittel genommen, wodurch eine Parthey dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit ihrer Intention zu verschaffen sucht. Dieß heißt hier *causam instruere* [3]) i. e. iudici intentionis nostrae fidem facere legitimis probationibus [4]). Der griechische Scholiast [5]) sagt: Τὸ ἰνστρουμέντον γενικὴ ἐστι προσηγορία, καὶ σημαίνει πᾶν δι' οὗ δυνατόν ἐστιν ἐντρεπίζεσθαι ἤτοι φανεροῦσθαι τὴν δίκην. i. e. INSTRUMENTORUM *appellatio generalis est, et significat omne, quo causa instrui et manifestior fieri potest.* In dieser weitern Bedeutung waren denn auch Zeugen unter *Instrumenta* mit begriffen. Paulus unterscheidet hier *testimonia* und *personae*. Unter *testimonia* werden schrift-

2) In *Ant.* SCHULTING Jurisprud. Antejust. Lib. II. Tit. 17. §. 14.

3) *L.* 2. *Cod. Si saepius in integr. restitut.* *L.* 21. *Cod. de eviction.* *L.* 2. *Cod. de delator.* BRISSONIUS de Verbor. iur. Signif. voc. *Instruere.*

4) S. *Corn.* van ECK Princip. iur. civ. sec. ord. Dig. h. t. Pr. u. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princ. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 2.

5) *Basilica* Tom. III. pag. 50. Schol. g.

liche Privatzeugnisse verstanden; Russard erklärt es durch scriptae testificationes testium, welche auch *testationes prolatae* genennt werden, und diese werden den Testibus entgegengesetzt, und mit diesem Ausdruck zum Unterschiede testes praesentes bezeichnet. Den Beleg dazu giebt uns Callistratus [6]), welcher *L.* 3. §. 3. *D. de testibus* sagt: Idem Divus *Hadrianus* Iunio Rufino Proconsuli Macedoniae rescripsit, *testibus* se, non *testimoniis* crediturum. Verba epistolae ad hanc partem pertinentia haec sunt. *Quod crimina objecerat apud me Alexander Apro, et non probabat, nec* TESTES *producebat, sed* TESTIMONIIS *uti volebat, quibus apud me locus non est, nam ipsos interrogare soleo: ipsum remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret.* §. 4. Gabinio quoque Maximo idem Princeps in haec verba rescripsit: *Alia est auctoritas* PRAESENTIUM TESTIUM, *alia* TESTIMONIORUM, *quae recitari solent* [7]). Unter *personae* hat nun hier Paulus wohl unstreitig auch keine anderen verstanden, als testes praesentes, qui in iudicio ipsi interrogantur. So versteht diese Stelle auch der griechische Scholiast [8]), wenn er sagt: Διὰ τοῦτο καὶ τὰς ἐγγράφους τῶν μαρτύρων φωνὰς, καὶ αὐτοὺς τοὺς παρόντας μάρτυρας δυνατόν ἐστι τῇ τοῦ ἰνστρουμέντου συμαίνεσθαι προσηγορίᾳ. i. e. *Et illud testium voces in scripturam relatae, et ipsi testes*

6) S. Schrader ad Tit. D. de Testibus pag. 32. sqq.

7) Hieher gehört auch die Stelle aus Quinctiliani *Institut. orator.* Lib. V. c. 7. *Testimonia dicuntur aut per tabulas, aut a praesentibus.*

8) *Basilica* T. III. c. 4.

praesentes INSTRUMENTI *nomine significari possunt.* Eben so werden *personae*, für testes praesentes genommen, auch in der *Oratio* DIVI MARCI *de dilationibus instrumentorum gratia dandis*, deren Ulpian *libro I. de officio Consulis* gedenkt [9]) unter *Instrumenta* begriffen, wie uns Ulpian selbst lehrt, wenn er zur Erläuterung dieser Oration in der *L.* 99. §. 2. *D. de Verbor. Significat.* sagt: INSTRUMENTORUM appellatione quae comprehendantur, perquam difficile erit separare: quae enim proprie sint *instrumenta*, propter quae dilatio danda sit, inde dignoscemus, si *in praesentiam personae* [10]), *quae instruere possit*, dilatio petatur: puta qui actum gessit, licet in servitute, vel qui actor fuit constitutus, putem videri *instrumentorum causa* peti dilationem. Auch in einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 1. *Cod. de dilation.* werden instrumenta und personae mit einander verbunden, und unter den letzten Zeugen verstanden. Ich kann daher dem Cujaz [11]) nicht beystimmen, wenn er meint, daß unter *personae* nicht blos Zeugen zu verstehen sind, die man vor Gericht produciren kann, sondern auch andere, die Wissenschaft von einer Sache haben, z. B. servi actores, welche die Hand-

9) *L.* 7. *D. de feriis et dilation.*

10) Id est, ad exhibendam personam. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. II. Tit. 12. Nr. XV. not. e. *Franc.* DUARENUS ad h. Tit. Cap. 1. *Oper.* pag. 941. vorzüglich aber *Io.* GOEDDAEUS Commentar. in Tit. 16. Libri L. Dig. de Verbor. Signific. ad h. L. 99. §. 2. pag. 770 — 772.

11) Commentar. in Tit. IV. Lib. XXII. Dig. *Oper.* a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 925.

lichen Rechnungsbücher ihres Herrn führten [12]. Denn offenbar redet Paulus von gerichtlichen Beweismitteln. Daß aber Zeugen unter der Benennung der Instrumente im weitern Sinn begriffen worden, läßt sich nun wohl nicht mehr bezweifeln [13]. Noch ungleich größer bezeichnen jedoch unsere heutigen Rechtsgelehrten [14] das Gebiet der Urkunden, wenn sie darunter jedes Beweismittel verstehen, deßen Gegenstand den äußern Sinnen des Richters Gründe der Ueberzeugung über ein factisches Verhältniß darbieten kann, der Gegenstand sey eine leblose Sache, als Scripturen, Inschriften [15], Wappen, Gemälde, Zeichnungen, Grundriße, Sigille [16], Leichensteine, Gränzsteine, Malbäume [17], desgleichen jedes in die äußern Sinne fallendes

12) Er bezieht sich zwar auf *L.* 8. *D. Famil. ercisc.* und *L.* 82. *D. de condit. et demonstrat.* Allein diese gehören nicht hierher.

13) Anderer Meinung ist jedoch Gensler über die Begriffe: Beweis, Beweismittel rc. §. 8. Not. *) im Archiv für die jurist. Praxis. 1. B. S. 56.

14) S. Gönner's Abh. vom Beweise durch Urkunden §. 1. in Desselben Handbuch des deutsch. gemeinen Prozesses. 2. B. Abh. XLVI. S. 462. und Genslers Abh. über die Begriffe: Beweis, Beweismittel rc. §. 8. in dem Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. S. 55.

15) Von dem Nutzen der Denkmünzen bey dem Beweise in Rechtsstreitigkeiten siehe von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. B. Erört. XLIV. S. 225. ff.

16) S. Ph. W. Gerken Anmerkungen über die Siegel zum Nutzen der Diplomatik 1. Th. Augsburg 1781. 2. Th. Stendal 1786. 8.

17) Hierher gehören auch die von einem Kaufmann übersandten Proben, wenn darüber gestritten wird, ob die

Indicium, welches auf ein Verbrechen hindeutet, z. B. die bey einem Verdächtigen gefundenen Diebesinstrumente, oder tödliche Verletzungen an einem entseelten menschlichen Körper [18]; oder der Gegenstand sey ein lebendes Wesen, ein Mensch, als Zeuge, oder ein vernunftloses Geschöpf. z. B. das kranke Pferd bey der Wandelklage, welches von dem Beklagten, um die Identität desselben außer Zweifel zu setzen, gleich einer Urkunde, recognoscirt, oder eidlich abgeläugnet werden muß.

Nach diesem ausgedehnten Begriff von Urkunden, *Instrumenta*, kann man sie eintheilen in schriftliche, und nicht schriftliche. Sind letztere leblose, entweder als bleibende Darstellung einer vergangenen Begebenheit, wie zum Beyspiel Denkmünzen, Inschriften, Leichensteine, oder zur Bezeichnung der Fortdauer eines factischen Zustandes, als Zeichen eines Rechts, von Menschen hergestellte Urkunden, z. B. Grenzzeichen, Marksteine, Eichpfähle zur Bestimmung der Wasserhöhe, so werden sie Denkmäler, *monumenta*, genennt [19].

Schriftliche Urkunden können wieder von verschiedener Art seyn. Sie sind entweder schriftliche Verzeichniße eines

darnach gelieferte Waare der Probe gemäß sey. Es kann daher deren Recognition oder eidliche Diffession nicht verweigert werden.

18) Schon QUINCTILIANUS *Institution. Orator. Lib. V. cap.* 9. sagt: Cruenta vestis, et clamor, et livor et talia, sunt *instrumenta*, qualia tabulae et testes. S. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XCVIII. Th. 1

19) S. Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 314. ff. S. 181. ff.

Geschäfts selbst, welche in der Absicht verfertiget wurden, damit das Geschäft seine Gültigkeit erhalten, oder doch dadurch bewiesen werden sollte, z. B. Testamente, (Tabulae testamenti [20]), tabularum testamenti instrumentum [21]) Contracts-Instrumente, Kaufbriefe, (instrumentum emtionis [22]), Pachtbriefe, Register, Rechnungen, Grenzrecesse, Erbrecesse, Flur- und Lager Bücher u. d., oder sie enthalten ein Geständniß ihres Verfassers, z. B. Handschriften, Briefe und Siegel; oder ein Zeugniß eines Dritten, öffentliche oder Privat-Atteslate, Protocolle, u. d. oder sie haben etwas anderes zum Gegenstande, wie z. B. Schmähschriften oder Briefe, welche schimpfliche oder nachtheilige Aeußerungen über die Person eines Dritten enthalten [23]). Schriftliche Urkunden werden nun *instrumenta*, Urkunden im eigentlichen Sinne genennt, sie mögen zum Zweck des Beweises verfaßt worden seyn, oder nicht. [24]). In dieser eigentlichen Bedeutung wird hier von

20) *L. 1. pr. D. de bonor. possess. secund. tabulas.*

21) *L. 2. pr. D. Testam. quemadm. aperiant.*

22) *L. 4. C. de probat.*

23) §. 1. *I. de iniur. L. 5. §. 9. et 10. D. eodem. L. un. Cod. de famos. libellis.* S. LAUTERBACH Diss. de epistola Cap. V. Th. 25. et Cap. VII. Th. 39. sqq.

24) Es ist demnach ein zu enger Begriff, wenn einige sagen, Urkunden sind schriftliche Aufsätze, welche zum künftigen Beweis einer Begebenheit gemacht worden sind; ein Begriff, dessen logische Unrichtigkeit schon *Ge.* KRKEMEYER in Diatriba de instrumentorum definitione ac divisione. *Goettingae* 1745. §. 2. dargethan hat. Er selbst giebt §. 1. den Begriff: *Instrumentum* definimus scripturam, in qua factum, ex quo ad praestandum aliquid quis obligatur, uno verbo obliga-

Urkunden, und deren Beweiskraft, *de fide instrumentorum*, gehandelt, wie alle folgende Gesetze lehren.

Solche Urkunden sind entweder Urschriften, (*authentica*) Originalien, oder bloße Abschriften, Copeyen (*Copiae*, *exempla* [25]).

PAULUS *Libro quinto Sententiarum* [26]).

Quicumque a fisco convenitur, non ex indice *et exemplo* [27]) *alicuius scripturae*; sed *ex authentico* conveniendus est [28]), ita si [29]) contractus fides pos-

torium, expressum est. Allein mit Unrecht werden §. 3. Briefe und Rechnungen von dem Begriffe ausgeschlossen, wie auch schon *Car. Wilh.* MARTENS Diss, de instrumento communi eiusque editione §. 2. dagegen erinnert hat.

25) *L. 4. §. 3. L. 8. pr. D. Famil. erciscu. L. ult. D. Testam. quemadm. aper.* *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XCVIII. Th. 4. KREKEMEYER cit. Diss. §. 8. Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 274. ff.

26) In *Anton.* SCHULTING Iurisprud. Antejustin. Lib. V. *Sentent. Receptar. Iulii Pauli* Tit. 12. §. 11. p. 486.

27) Bey SCHULTING c. l. heißt es: non ex indice, VEL exemplo. Diese Leseart stimmt mit den Basiliken überein, wie die folgende Note zeigt.

28) Die *Basilica* Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 31. pag. 7. haben dieses Fragment blos bis dahin übertragen: Ὀυκ ἀπὸ ἰσοτύπων, ἤ ἰνδίκων, ἀλλ' ἐκ τῶν ἀυθεντικῶν ὁ δημοσιος ἐνάγει. *Non ex forma scripturae aequali s. exemplo aut indice, sed ex authentico fiscus convenit.*

29) So wie Taurellius, lesen auch die meisten Ausgaben, welche ich damit verglichen habe. Eben so unser Cod. Pandectar. Nur Haloander weicht hiervon ab.

sit ostendi. ceterum calumniosam scripturam vim in iudicio optinere 30) non convenit.

Er lieset: UT ITA, statt ita si. Diese Leseart billiget auch RUSSARD. In den Fragmenten, welche Ant. SCHULTING in Iurispr. Antejust. von des PAULUS Sentent. Recept. gesammlet hat, steht a. a. O. *et si* contractus fides possit ostendi. Eben so beym HUGO in Iure civ. Antejustin. Tom. I. pag. 169. Diese Leseart aber ist offenbar unrichtig. Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 60. not. i. hat sich über unsere Stelle auf folgende Art erklärt. *Οὐ καλῶς ὁ φίσκος δύναται μεθοδεύειν τινά, εἰ μὴ τὸ ἀληθὲς ἰνστρούμεντον προφέρῃ, καὶ τοῦτο οὐχ ἁπλῶς, ἀλλ' ἡνίκα ἡ τοῦ συναλλάγματος πίστις δείκνυσθαι οὐ δύναται.* i. e. *Non recte quis convenitur a fisco, nisi verum instrumentum proferat: idque non simpliciter, sed si contractus fides ostendi non possit. Io. Bernh.* KOEHLER Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. Cap. 9. §. 7. glaubt, nach dieser Erklärung des Scholiasten müsse: Ita, si contractus fides NON possit ostendi, gelesen werden. Der Sinn sey also der, nur dann beweise die Abschrift einer Urkunde nichts, wenn nicht deren Uebereinstimmung mit dem Original durch öffentliche Beglaubigung erwiesen werden könne. Denn vidimirte Abschriften seyen dem Original gleichzuachten. Ich will hiergegen nicht einmal erinnern, wie bedenklich diese Emendation an sich schon darum sey, weil ihr zwey Zeugnisse unbestrittener Lesearten widersprechen, welche keine Negation kennen; sicher aber dachte auch Paulus hier an vidimirte Abschriften nicht, weil ja bekanntlich auch beglaubte Abschriften von Urkunden, welche ohne Recognition, oder Beweis ihrer Authenticität nicht beweisen, niemals dem Original gleichgeachtet werden können, wenn nicht Recognition oder Beweis der Aechtheit vorhergegangen

Der Urkunden-Beweiß muß eigentlich aus Original-Urkunden geführt werden. Nur diese müßen daher in dem Productions-Termin zur Recognition oder Agnition vorgelegt werden. Ein Beweis durch abschriftliche Urkunden gehört zu den Ausnahmen von der Regel, und ist meist von

ist, oder noch geliefert wird. S. Gönner's Handbuch des deutsch. gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XLVI. §. 8. a. E. Es wäre daher noch erst die Frage, ob überhaupt die Leseart des griechischen Scholiums richtig sey? Wer das Verzeichniß von unrichtigen Lesearten in der Fabrotischen Ausgabe aus Jensii Stricturis ad Rom. iur. Pand. pag. LIX. sqq. kennt, wird sich darüber nicht wundern. Der ganze Zusammenhang der Worte duldet wenigstens hier keine Negation; vielmehr überzeugt uns der Nachsatz, daß die streitigen Worte eine noch nähere Bestimmung des Vorhergehenden ausdrücken sollen; nämlich auch selbst bey der Production des Originals komme es immer noch darauf an, ob auch die Richtigkeit des Contracts überhaupt ausser Zweifel sey. In diesem Sinne stehen diese Worte mit dem Nachsatz im schönsten Einklange, und so giebt uns das Scholium den richtigsten Aufschluß über diese bestrittene Stelle. Noch bemerke ich, daß Fabrot, vielleicht von der Unrichtigkeit der Leseart überzeugt, das griechische οὐ gar nicht übersetzt hat, welches ihm denn aber Koehler freylich als eine supina negligentia angerechnet hat. In dem Gebauerischen Corp. iur. wird noch bey dieser Stelle Note 4. bemerkt, Bynkershök glaube, daß vielleicht durch Gemination *ita SIContractus*, das ist, ita si *sic* contractus fides posset ostendi, gelesen werden müsse. Dieses kann aber nun in keine weitere Betrachtung kommen.

30) Eben so Cod. Erlang. und alle florentinischen Ausgaben der Pandekten, auch die neueste Gebauerische.

ganz anderer Wirkung, wie unten beym §. 1162. gezeigt werden wird. Eine solche Ausnahme macht übrigens der Fiscus nicht, so sehr er auch sonst in den Gesetzen begünstiget wird [31]). Er muß vielmehr, wie jeder andere Privatgläubiger, wenn er einen Schuldner aus einer Urkunde belangt, das Original vorlegen, wie Paulus hier lehrt. Einen bloßen Auszug der Urkunde, oder eine bloße Abschrift braucht der Schuldner nicht anzuerkennen. So erklärt Cujaz [32]) die Worte *index* und *exemplum*. Male quidam putant, sagt er, indicem et exemplum idem esse. *Exemplum* ex integro describitur; *Index* autem est ex latiori scriptura brevis quaedam subnotatio. Es wird aber auch selbst das Original einer Urkunde an sich nichts beweisen, wenn nicht deren Aechtheit, und daß der Contract, worüber die Urkunde verfaßt seyn soll, wirklich seine Richtigkeit habe, bewiesen werden kann. Dieß scheint mir der ganz natürliche Sinn der Worte zu seyn: *ita si contractus fides possit ostendi*, ohne daß eine Aenderung der Worte nöthig ist. Wenn nun Paulus noch hinzufügt: ceterum calumniosam scripturam vim in iudicio obtinere non convenit; so wollen diese Worte einige [33]) so verstehen, als ob Paulus den

31) So verstehen unsern Paulus auch *Jac.* CUJACIUS in Commentar. in hunc Tit. Pandectar. Oper. a *Fabroto* editor. Tom. IV. P I. pag. 925. *Hug.* DONELLUS ad h. Tit. Cap. 2. pag. 285. und *Franc.* DUARENUS Commentar. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 942.

32) Comm. cit. et Observation. Lib. V. cap. 25. Anderer Meinung ist jedoch BRISSONIUS de Verb. iur. Significat. voc. Index.

33) So DONELLUS in Commentar. ad h. Tit. Cap. 2. pag. 285. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t.

Auszug, oder die Abschrift einer Urkunde eine calumniosa scriptura genennt habe, welche im Gericht nicht gelten könne; allein *calumniosa scriptura* heißt hier eine unächte, eine falsche Urkunde, welche freylich nicht beweisen kann, wenn sie auch immerhin für sich Original ist. Diese letzteren Worte beziehen sich daher nicht auf die ersteren, sondern auf die unmittelbar vorhergehenden Worte. So hat sie auch der griechische Scholiast [34]) verstanden. Εἰ γὰρ συκοφαντεῖ ἤτε πλαστή ἐστιν ἡ γραφὴ, κἂν αὐθεντικὸν εἶναι λέγεται τὸ προφερόμενον, οὐδὲ τοῦτο πρόκριμα τῷ ἐναγομένῳ ποιεῖ. i. e. *Si enim calumnietur, vel falsa scriptura sit, licet instrumentum, quod profertur, authenticum esse dicatur, nullum praeiudicium id reo facit.* Nun hängt auch dieses Fragment mit dem folgenden sehr gut zusammen, in welchem von einer verfälschten Urkunde die Rede ist.

L. 3. IDEM *libro tertio Responsorum respondit* [35]).

Repetita quidem die cautionem interponi non debuisse: sed falsi [36]) crimen quantum ad eos, qui in hoc consenserunt [37]), contractum non videri;

Nr. V. not. a. wo dieser letztere sagt: Quum non authenticum, sed exemplum producitur; haec scriptura praesumitur per calumniam seu per dolum producta, nec fide digna.

34) *Basilica* Tom. III. pag. 50. Schol. I.

35) *Respondit* fehlt in dem Cod. Erl. auch in der Ausgabe des *Claud.* CHEVALLONIUS.

36) *Cod. Erlang.* falsi quidem crimen.

37) Chevallon und Baudoza consenserint.

cum inter praesentes et convenientes [38]) res acti-tata sit: magisque debitor quam creditor deliquerit.

Eine Verfälschung bey Urkunden kann unter andern auch dadurch begangen werden, wenn das Datum in denselben zurückgesetzt wird, als ob eine Sache schon früher geschehen wäre, als sie wirklich geschehen ist. Dieß nennen die Gesetze *praeferre diem* [39]), und hier *repetere diem* [40]). Geht eine solche Verfälschung zwischen dem Schuldner und Gläubiger mit ihrer beyderseitigen Uebereinkunft vor, ohne daß dadurch einem Dritten geschadet worden ist; z. E. der Schuldner hat mit Einstimmung des Gläubigers den Schuldschein antidatirt; so kann kein Theil den andern deshalb einer Verfälschung bezüchtigen. Denn eine Verfälschung, als Verbrechen gedacht, erfordert

38) *Cod. Erlang.* consentientes.

39) *L. 28. D. de Leg Corn. de falsis.* Si a debitore, *praelato die*, pignoris obligatio mentiatur: falsi crimine locus est. *L. 1. §. 2. D. de edendo.* Editiones sine die et Consule fieri debent, ne quid excogitetur e die et Consule, et *praelato die* fiat. Hier heißt also *praeferre diem* soviel, als antevertere sive anticipare diem, wie diesen Ausdruck CUJACIUS Observation. Lib. III. cap. 7. erklärt; oder wie er in seinem Commentar. ad h. Tit sagt: *cum, quod nunc obligatur, scribitur, quasi pridem pignori datum sit.*

40) In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 32. heißt es γενέσθαι προχρονισμόν. Nicht immer wird aber durch die repetitio diei ein falsum begangen, oft bringt es das Recht selbst mit sich, daß die Zeit bis auf einen gewissen Punct zurückgerechnet werde.

einen Dolus [41]). Ein Dolus aber ist unter denen, welche in den Vertrag einwilligen, und um alles wissen, nicht denkbar. Nemo videtur fraudare eos, sagt Ulpian *Lib. 66. ad Edictum* [42]), qui sciunt et consentiunt. Ueberdem hat ja der Schuldner selbst, und nicht der Gläubiger, den Schuldschein ausgestellt, und denselben antidatirt. Ihm fällt es also auch mehr, als dem Gläubiger, zur Last, wie Paulus hier sagt [43]). Ganz anders ist es, wenn der Schuldner durch das Vordatiren einen spätern Gläubiger zum Nachtheil früherer Pfandgläubiger zu begünstigen suchte. Hier hat er sich gegen diese einer wah-

Beyspiele enthalten *L. 51. §. 2. D. ad L. Aquil. L. 9. §. 6. D. ad exhib. L. 5. §. 7. D. de novi operis nunciat. L. 15. §. 31. D. de damno inf. L. 34. §. ult. D. de obligat. et action.* S. Sim. Pet. Gasser Diss. de repetito die. *Hal.* 1706. rec. 1746.

41) S. Archiv des Criminalrechts, herausgegeb. von Klein und Kleinschrod. 2. Bd. 1. St. Nr. VI. §. 7. S. 147.

42) *L. 145. D. de div. reg. iur.* Der nämliche Grund wird auch von dem griechischen Scholiasten *Basilicor.* Tom. III. pag. 51. lit. k. angegeben. Τό γὰρ πλαστὸν τότε λαμβάνει χώραν, ὅτε ἀπὸ δόλου καὶ κακίστις προαιρέσεως γένηται, σπουδαζούσης βλάψαι τὸν συναλλάξαντα, ἢ ἕτερον ἀγγονοντα τὸ πραττόμενον. — δόλος δε ἐν ειδότι καὶ συναινοῦντι οὐχ ἁμαρτάνεται. i. e. Falsum *enim tunc admittitur, cum dolo malo eoque proposito fit, ut qui contrahit laedatur, vel alter, qui id, quod agitur, ignorat. —* dolus *vero in scienpem et consentientem non committitur.*

43) Cujacius Commentar. in hunc Tit. erklärt das *magisque* so, ut intelligamus debitorem delinquere, non creditorem. Sic virtus, sagt er, *magis* prodest,

[ein]er Verfälschung schuldig gemacht[44], und auch hier ist nach der Glosse des Accursius dem Schuldner das Verbrechen mehr zuzurechnen, als dem Gläubiger. Denn dieser war den älteren Gläubigern seines Schuldners nicht so, wie der Schuldner selbst, verpflichtet, er suchte blos sich einen Vortheil zu verschaffen. Ob aber auch in dieser Beziehung das *magis* blos den Schuldner angehe, ist zweifelhafter. Von diesem Falle spricht wenigstens Paulus nicht, und die gänzliche Freysprechung des Gläubigers von aller Theilnahme des Betrugs scheint mit der Röm. Eunomie im Widerspruche zu stehen[45].

Urkunden, welche über Rechtsgeschäfte errichtet werden, gehören eigentlich nicht nothwendig zur Substanz und Gültigkeit des Geschäfts, sondern werden gewöhnlich nur um des Beweises willen verfaßt. Es müßte denn ohne Scriptur der Contract seiner Natur nach gar nicht denkbar seyn, wie z. B. der römische Litteral-Contract, und der heutige Wechselcontract; oder die Partheyen bey Schließung eines Contracts die Errichtung einer Scriptur zur wesentlichen Nothwendigkeit gemacht haben[46]. Außerdem dient der schriftliche Aufsatz blos zum Beweise, und der Verlust

quam nocet, quia nunquam nocet. Auf eine ähnliche Art drückt sich Paulus *L.* 1. *D. Communi divid.* aus.

44) *L.* 28. *D. de lege Corn. de falsis.* *L.* 15. *Cod. eodem.* *Franc.* DUARENUS Comm. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 943.

45) S. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad h. L. pag. 782.

46) *L.* 17. *Cod. h. t.* *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XCVIII. Th. 8.

der Urkunde schadet dann so wenig, als die unterlassene Verfassung derselben, wenn nur auf andere Art der geschlossene Contract erwiesen werden kann [47]). Dieß lehren die beyden folgenden Gesetzstellen.

L. 4. GAIUS *libro singulari de formula hypothecaria* [48]).

In re hypothecae [49]) nomine obligata ad rem non pertinet, quibus fit [50]) verbis: sicuti est et [51]) in his [52]) obligationibus, quae consensu contrahuntur: et ideo et [53]) sine scriptura si convenit,

47) *L.* 1. 4. 5. 6. 7. *et* 13. *Cod. h. t.* CUJACIUS Commentar. ad h. Tit. in fin. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XCIX. Th. 8.

48) Haloand. und Baudoza: CAIUS lib. sing. ad formulam hypothecariam. Die Flor. Leseart bestätigt jedoch *L.* 4. *D. de pignor.* welche fast wörtlichen Inhalts ist.

49) *Cod. Erl.* ypotheco.

50) *Cod. Erl.* sit. Eben so Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza. Diese Leseart billigt auch RUSSARDUS, und Bynkershök im Geb. Corp. iur. Not. 6. giebt ihr den Vorzug vor der florent. *L.* 4. *D. de pign.* hat jedoch auch fit.

51) *Cod. Erl.* hat das et nicht. Es steht auch nicht bey Hal. Merlin, Chevall. u. Hugo a Porta.

52) Baudoza iis.

53) Hal. und Miräus haben das et nicht. Es ist aber nicht wegzulassen. Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 53. giebt dieses ebenfalls deutlich zu erkennen durch das Wort κᾄν, licet. Er sagt: *διὰ τοῦτο κᾄν ἀγράφως, — περὶ ὑποθήκης οἱ συναλλάξαντες συνεφώνησαν.* i. e. *et ideo licet sine scriptura de hypotheca convenerit.*

ut hypothecae sit, et probari poterit; res obligata erit, de qua conveniunt [54]. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari possit [55]: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testatio [56] sine scriptis habita est [57].

L. 5. Callistratus *Libro secundo Quaestionum* [58].

Si res gesta, sine litterarum quoque consignatione, veritate [59] factum suum praebeat [60], non

54) Hal. in qua convenerunt. Baudoza de qua convenerit.

55) In den Basiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. I. Const. 33. heißt es: τὰ γὰρ ἔγγραφα· δι᾽ ἀπόδειξιν γίνεται. Das Unterscheidungszeichen nach ἔγγραφα muß aber weggestrichen werden. Nun heißt es ganz richtig: *scripturae enim probationis causa fiunt.*

56) Baudoza attestatio. In dem Cod. Erl. steht die Sylbe *at* mit schwärzerer Dinte über testatio.

57) *L. 7. D. de Sponsal.* sagt Paulus: In sponsalibus nihil interest, utrum *testatio* interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. Ein Beleg, daß die Leseart *testatio* in unserm Fragment richtiger sey, als *attestatio.*

58) Diese Stelle ist in den *Basilicis* T. III. pag. 7. mit dem vorigen Fragment verbunden, und macht nur eine Constitution aus.

59) *Cod. Erl.* veritati.

60) Chevallon und Baudoza probet.

der Urkunde schadet dann so wenig, als die unterlassene Verfassung derselben, wenn nur auf andere Art der geschlossene Contract erwiesen werden kann [47]). Dieß lehren die beyden folgenden Gesetzstellen.

L. 4. Gaius *libro singulari de formula hypothecaria* [48]).

In re hypothecae [49]) nomine obligata ad rem non pertinet, quibus fit [50]) verbis: sicuti est et [51]) in his [52]) obligationibus, quae consensu contrahuntur: et ideo et [53]) sine scriptura si convenit,

47) *L.* 1. 4. 5. 6. 7. *et* 13. *Cod. h. t.* Cujacius Commentar. ad h. Tit. in fin. und *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. XCIX. Th. 8.

48) Haloand. und Baudoza: Caius lib. sing. ad formulam hypothecariam. Die Flor. Leseart bestätigt jedoch *L.* 4. *D. de pignor.* welche fast wörtlichen Inhalts ist.

49) *Cod. Erl.* ypotheco.

50) *Cod. Erl.* sit. Eben so Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza. Diese Leseart billigt auch Russardus, und Bynkershök im Geb. Corp. iur. Not. 6. giebt ihr den Vorzug vor der florent. *L.* 4. *D. de pign.* hat jedoch auch fit.

51) *Cod. Erl.* hat das et nicht. Es steht auch nicht bey Hal. Merlin, Chevall. u. Hugo a Porta.

52) Baudoza iis.

53) Hal. und Miräus haben das et nicht. Es ist aber nicht wegzulassen. Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 53. giebt dieses ebenfalls deutlich zu erkennen durch das Wort κἂν, licet. Er sagt: διὰ τοῦτο κἂν ἀγράφως, — περὶ ὑποθήκης οἱ συναλλάξαντες συνεφώνησαν. i. e. *et ideo licet sine scriptura de hypotheca convenerit.*

et hypothecae sit, et probari poterit; res obligata erit, de qua conveniunt [54]. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari possit [55]: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testatio [56] sine scriptis habita est [57].

L. 5. Callistratus *Libro secundo Quaestionum* [58].

Si res gesta, sine litterarum quoque consignatione, veritate [59] factum suum praebeat [60], non

54) Hal. in qua convenerunt. Bauoza de qua convenerit.

55) In den Basiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 33. heißt es: *τὰ γὰρ ἔγγραφα, δι᾽ ἀπόδειξιν γίνεται.* Das Unterscheidungszeichen nach *ἔγγραφα* muß aber weggestrichen werden. Nun heißt es ganz richtig: *scripturae enim probationis causa fiunt.*

56) Bauboza attestatio. In dem Cod. Erl. steht die Sylbe *at* mit schwärzerer Dinte über testatio.

57) *L. 7. D. de Sponsal.* sagt Paulus: In sponsalibus nihil interest, utrum *testatio* interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. Ein Beleg, daß die Leseart *testatio* in unserm Fragment richtiger sey, als *attestatio.*

58) Diese Stelle ist in den *Basilicis* T. III. pag. 7. mit dem vorigen Fragment verbunden, und macht nur eine Constitution aus.

59) *Cod. Erl.* veritati.

60) Chevallon und Bauboza probet.

ideo minus valebit [61]), quod instrumentum nullum de ea intercessit.

Urkunden können übrigens entweder dem Beweisführer eigenthümlich gehören, instrumenta *propria*, oder gemeinschaftliche, instrumenta *communia*, seyn [62]), worunter nicht gerade diejenigen verstanden werden, deren Eigenthum zwischen dem Producenten und dem Producten gemeinschaftlich ist, sondern es ist vielmehr jede Urkunde als gemeinschaftlich anzusehen, welche über das Rechtsverhältniß des Producenten, oder derjenigen Personen, von welchen er z. B. als Erbe, Legatar, oder Cessionar sein Recht ableitet, zu andern Personen ist verfertiget worden [63]). Dieß ist z. B. der Fall bey Urkunden über Bilateralcontracte, bey Erbtheilungs-Recessen, bey Correspondenzen, welche über ein durch diesen Weg z. B. unter Kaufleuten, zu Stande gekommenes Geschäft gewechselt worden sind, und wo sich die Briefe des Einen auf die Briefe des Andern beziehen, besonders aber bey Testamenten [64]). Es

61) Taurell. valeVit. Eben so Russard, und Charondas.

62) S. KRECKEMEYER Diatr. cit. §. 11. *Car. Wilh.* MARTENS Diss. de instrumento communi eiusque editione. *Goett.* 1773. Beyde theilen die instrumenta ratione *materiae* und ratione *formae* in propria und communia ein. Dagegen hat aber schon *Frid. Wilh.* KOSSEL in Diss. de causis obligationis ad edenda instrumenta in genere. *Goett.* 1796. gegründete Erinnerungen gemacht.

63) S. v. GOENNER Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. 2. B. Motiven 2. Abth. S. 426. f.

64) S. Schneider's vollst. Lehre vom rechtl. Beweise in bürgerlichen Rechtssachen. §. 284—287.

wird davon eigentlich erst in der Folge bey der Lehre von der Edition der Urkunden §. 1171. die Rede seyn. Hier gedachte ich dieser Eintheilung blos, um noch das letzte Fragment dieses Titels anreihen zu können.

L. 6. ULPIANUS *Libro quinquagesimo ad Edictum.*

Si de tabulis testamenti deponendis agatur, et dubitetur, cui eas deponi oportet: semper seniorem iuniore [65]), et amplioris honoris inferiore [66]), et marem feminae, et ingenuum libertino praeferemus [67]).

Daß das Testament eine gemeinschaftliche Urkunde für alle diejenigen sey, welche darin bedacht worden sind, lehrt Ulpian *L. 2. pr. D. Testam. quemadm. aper.* Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est, heredis, sed *universorum, quibus quid illic adscriptum est:* quin potius publicum est instrumentum. Es konnte daher die Frage entstehen, bey wem von diesen Interessenten das Original aufzubewahren sey? Diese Frage entscheidet hier Ulpian. Jedoch handelt er davon auch noch an einem andern Orte, nämlich *L.* 4. *§.* 3. *D. Fam. ercisc.* Wie diese Stelle mit der unsrigen zu vereinigen, und worauf das Absehen bey der Anleitung gehe, welche Ulpian in unserm Fragment

65) *Cod. Erl.* iuniori. Eben so Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin, Baudoza, und Hugo a Porta.

66) *Cod. Erl.* inferiori, und so lesen auch alle in der vorhergehenden Note angeführten Ausgaben.

67) *Cod. Erl.* liberto praeferimus.

giebt, habe ich schon an einem andern Orte [68]) ausgeführt. In Absicht auf die Verbindlichkeit zur Edition ist nun zwar kein Unterschied zwischen eigenen und gemeinschaftlichen Urkunden. Dem Beweisführer müßen alle Urkunden, woran ihm das Eigenthum oder Miteigenthum zusteht, oder welche wenigstens für ihn gemeinschaftliche Urkunden sind, von jedem Inhaber edirt werden [69]). Nur in Ansehung der Rechtsmittel ist ein Unterschied. Gegen den dritten Besitzer bedient er sich der Reivindication, oder auch der Publicianischen Klage, und er bahnt sich dazu erforderlichen Falls den Weg, indem er mit der *actio ad exhibendum* auf Vorlegung derselben klagt.

L. 3. §. 5. D. de tabulis exhib. ULPIANUS *Libro LXVIII. ad Edictum.* Si ipse testator, dum vivit, *tabulas suas* esse dicat, et exhiberi desideret, interdictum hoc locum non habebit, sed *ad exhibendum* erit agendum, *ut exhibitas vindicet.* Quod in omnibus, *qui corpora sua esse dicunt instrumentorum*, probandum.

L. 3. D. Testam. quemadm. aperiant. CAIUS *libro XVII. ad Edictum provinciale.* Ipsi tamen heredi *vindicatio tabularum*, sicut ceterarum hereditariarum rerum, competit: et ob id *ad exhibendum* quoque agere potest.

Gegen den Miterben oder Miteigenthümer, kann auch nach Befinden der Umstände die *actio familiae erciscundae* oder *communi dividundo* angestellt werden, wenn

68) S. den 11. Th. des Commentars §. 730. S. 45—48.

69) *Cap. 12. X. de fide instrum.* GOENNER a. a. O. S. 426.

z. B. dem Miterben oder Miteigenthümer in der Theilung das Grundstück zugefallen ist, wovon die Urkunde spricht, oder der Miterbe, welchem das Recht zur Verwahrung der gemeinschaftlichen Documente zusteht, fordert dieselben von den übrigen, oder ein Miterbe oder Miteigenthümer verlangt die Vorlegung eines gemeinschaftlichen Documents von demjenigen, welchem das Recht der Verwahrung zukommt, zur Abschrift [70]. Außerdem kann bey Testamenten das *Interdictum de tabulis exhibendis* [71]), bey Contractsverhältnissen aber wegen gemeinschaftlicher Urkunden die Klage aus dem Contract gebraucht, und wo diese nicht zureicht, aus dem prätorischen Edict *de edendo*, oder überhaupt mit der *actio in factum* geklagt werden.

L. 9. pr. D. de edendo. PAULUS *libro III. ad Edictum.* Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet, nec tamen a Praetore per hoc Edictum compelluntur: veluti cum Procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a Praetore *per metum in factum actionis* rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per *mandati actionem*: et cum dolo malo socius negotia gessit, Praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim *pro socio actio.* Sed nec tutorem cogit Praetor pupillo edere rationes, sed *iudicio tutelae* solet cogi edere.

70) *L. 5. L. 8. D. Fam. ercisc. L. 15. D. de reb. auct. iudic. possid.* S. KOSSEL Diss. cit. de causis obligationis ad edenda instrumenta. §. 7.

71) *L. 1. pr. D. de tab. exhib.* S. Westphal's system. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. §. 26. ff.

Wenn aus dem Edict des Prätors *de edendo* geklagt werden könne, ist schon an einem andern Orte [72]. vorgekommen. Praetor ait, sagt Ulpian [73]), *argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die et Consule.* Daß aber auch das Handelsbuch des Banquiers, mit dem ich im Verkehr gestanden, als gemeinschaftliche Urkunde anzusehen sey, lehrt Ulpian *L.* 4. §. 1. *D. de edendo* wenn er sagt: Huius Edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id quod mei causa confecit [74]), *meum quodammodo instrumentum mihi edi.*

Von der *actio in factum* spricht Ulpian *L.* 3. §. 14. *D. ad exhibendum.* Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis *ad exhibendum* agi non possit, *in factum* tamen *actio* detur, ut *Iulianus* tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. Ait Iulianus: si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni: quia et *vindicare* eas possum: nam cum charta mea sit, et, quod scriptum est, meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri. *In facum igitur mihi actionem competere.*

72) S. den 4ten Theil dieses Commentars §. 286. b. S. 39—42.

73) *L.* 4. *pr. D. de edendo.*

74) *Cod. Erl.* confectum. Chevallon und Baudoza confectum est.

Urkunden, deren man sich im Prozeß zum Beweis bedient, sollten nun freylich ihrem Zwecke nach immer so geeigenschaftet seyn, daß sie dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der in Streit gezogenen Thatsache verschaffen. Allein die Erfahrung lehrt nur gar zu oft das Gegentheil. Man müßte ja die Einrede eines unanerkennlichen Documents nicht kennen, wenn man hieran zweifeln wollte. Wie konnte also Hellfeld sagen: *instrumenta* sunt scripturae, super negotio quodam confectae, (daß dieses auch gar nicht immer der Fall sey, ist schon oben bemerkt worden) *ad fidem faciendam idoneae?* Wie konnte er nun dennoch §. 1165. lehren: Non tamen omnia documenta sunt *recognoscibilia?*

§. 1158.

Oeffentliche und Privat-Urkunden. Instrumenta quasi publica.

Urkunden sind entweder öffentliche oder Privaturkunden, je nachdem ihnen die Gesetze öffentlichen Glauben beylegen, oder nicht. Zu den öffentlichen Urkunden gehören nun nicht blos gerichtliche, sondern auch andere, welche von öffentlichen Behörden, und mit öffentlichem Glauben versehenen Personen, zur Existenz gebracht worden sind, insofern sie innerhalb der Gränzen ihres Amts, und zugleich in der sowohl dem Gegenstande, als der Handlung angemessenen Form sind ausgefertiget worden. Also auch Protocolle und Instrumente öffentlicher Notarien unter eben diesen Einschränkungen, öffentliche Kataster, Steuer- Saal- und Lagerbücher; Pfarrbücher, und Pfarrmatrikeln über Geburten, Ehe- und Sterbfälle, und die hieraus von den Pfarrämtern gefertigten Atteſtate. Hellfeld rechnet auch noch Urkunden hierher, welche unter der

Aufsicht eines verpflichteten Archivars in einem öffentlichen Archive aufbewahrt worden sind. Leyser [75]) geht sogar soweit, daß er auch einer bloßen Privaturkunde, welche in einem öffentlichen Archiv aufgefunden worden ist, die Kraft einer öffentlichen Urkunde beylegt, welche weder recognoscirt noch diffitirt werden dürfe. Allein wie wenig sich diese Meinung aus der von ihm angeführten Novelle 49. Kap. 2. §. 2. und der *Auth.* Ad haec. *Cod. de fide instrum.* beweisen lasse, hat schon Mich. Gottfried Wernher [76]) gezeigt. Zwar begründet die Aufbewahrung einer solchen Urkunde unter öffentlichem Glauben die Vermuthung ihrer Aechtheit, wenn die Aufbewahrung sich von älterer Zeit herschreibt, als die erste bekannte Veranlassung des Rechtsstreits über den Gegenstand, von welchem die Urkunde handelt. Eine Privaturkunde bleibt sie aber dennoch, und gilt an sich nicht mehr, als eine andere Privaturkunde, die recognoscirt worden ist, gegen einen Dritten hat sie keine Beweiskraft [77]). Alter und öffentliche Aufbewahrung sind auch nur solange entscheidend für die Glaubwürdigkeit eines solchen Documents, bis entweder besondere Gründe des Verdachts ihrer Aechtheit entgegen=

75) Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXVI. medit. 2. et 3.

76) Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 3. pag. 127. sq. Man sehe auch LAYRITZ Observat. de auctoritate diplomatum ex archivo desumtorum. *Altorf.* 1796. 8. und Thibaut Syst. des Pand. R. 3. B. §. 1175.

77) S. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des histor. und gerichtlichen Beweises. 2. Th. IX. Abschn. §. 8. S. 233. ff.

stehen, oder die erweisliche Veranlassung selbst, durch welche ein solches Document ins Archiv kam, den Grund jener Glaubwürdigkeit aufhebt [78]).

Bloßen Abschriften, wenn es auch alte Copien wären, die in Archiven gefunden werden, will jedoch Leyser [79]), ohne Vorzeigung des Originals, keinen Glauben beymessen. Allein es kommt darauf an, ob die Abschrift von einer öffentlichen dazu authorisirt gewesenen Person gehörig vidimirt worden ist, oder nicht. Im erstern Fall macht eine solche Abschrift das Original entbehrlich, denn das ihnen angehängte öffentliche Zeugniß ersetzt den Mangel desselben. In dem letztern Falle aber muß aus dem Alter derselben, und der Veranlassung, wie sie in das Archiv gekommen ist, beurtheilt werden, welche Beweiskraft ihr beyzulegen sey [80]). Man behauptet sogar, daß das Alterthum einer Urkunde den Richter veranlassen könne und müsse, in Betreff der äussern Form nicht die ganze Genauigkeit des jetzigen Formularwesens zu fordern [81]).

78) von Gönner Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. 2. Bd. Motive 2. Abth. S. 435—437. und Schneider Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 309.

79) Cit. Specim. medit. 9.

80) S. von Globig a. a. O. S. 235. von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. B. Erört. XLII. Schneider's angef. Lehre §. 310. und Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1716. auch Wernher Lectiss. Comment. h. t. §. 8.

81) Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 291. Thibaut Syst. 3. B. §. 1176. a. E.

Hellfeld und mehrere andere [82]) nehmen nun noch eine dritte Art von Urkunden an, welche sie *instrumenta quasi publica* nennen. Man versteht darunter solche Urkunden, welche zwar an sich nur Privaturkunden sind, denen aber die Gesetze die Beweiskraft öffentlicher Urkunden darum beylegen, weil sie von drey Zeugen unterschrieben, und auch von ihnen nachher anerkannt worden sind.

Allein wenn die Gesetze nur bey einer gewissen Art von Rechtsgeschäften, nämlich bey Hypotheken, solchen Urkunden die Wirkung der öffentlichen Documente ertheilt haben, so daß die in denselben bestellten Hypotheken ein gleiches Vorzugsrecht mit denjenigen genießen sollen, welche in gerichtlichen Urkunden bestellt worden sind; so haben die Gesetze, wie schon Gönner [83]) bemerkt hat, nicht die Urkunde, sondern vielmehr das dadurch vollzogene Rechtsgeschäft begünstigen wollen. Es leuchtet mithin ein, daß wenn das Rechtsgeschäft selbst nicht begünstiget ist, auch eine von drey Zeugen unterschriebene Urkunde vor einer von zwey Zeugen, oder auch von Zeugen gar nicht unterschriebenen Urkunde keinen Vorzug habe. Es sind auch solche Urkunden, wenn gleich denselben in Ansehung des davon zu machenden Gebrauchs, die Kraft öffentlicher Urkunden zugeschrieben wird, dennoch, in Ansehung des Beweises der Authenticität, darin den Privaturkunden gleich, daß sie einer Recognition der unterschriebenen Zeugen

82) Martin Lehrbuch des bürg. Prozesses §. 194. Thibaut Syst. §. 1176. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1717.

83) Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes. 2. Band. Nr. XLVI. §. 3. S. 465.

bedürfen 84). Nur darin haben sie vor andern Privaturkunden etwas Vorzügliches, daß durch die eidliche Recognition der Instrumentszeugen ein voller Beweis ihrer Aechtheit geliefert, und mithin die Anerkennung des Producten selbst überflüßig gemacht, so wie auch die eidliche Abläugnung dadurch ausgeschlossen wird 85).

Zu den Urkunden, die zwar von Privatpersonen verfaßt sind, denen aber doch eine volle Glaubwürdigkeit beygelegt ist, rechnet man auch die Anmerkungen und Aufzeichnungen der Eltern in Familien-Sachen, insoferne sie unter den Kindern zum Beweis dienen sollen, wenn z. B. von der Collation die Rede ist 86). Es müssen nur nicht Gründe vorhanden seyn, wodurch die den Annotationen der Eltern beygelegte Glaubwürdigkeit geschwächt wird, daher dann der Gegenbeweis allerdings zugelassen werden muß.

§. 1159.

Worauf kommt es bey der Beurtheilung der Beweiskraft einer Urkunde an?

Um die Beweiskraft einer Urkunde richtig zu beurtheilen, kommt es auf folgende Hauptpuncte an 87). 1) Es

84) Gensler angef. Abhandl. §. 8. S. 63. Not. *.

85) S. Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 89. S. 163. *Christ. Gottl.* Biener Syst. process. iudiciarii. Tom. I. §. 147. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit rc. 2. Th. IX. Abschn. §. 2. Nr. 5. S. 222.

86) Gönner Handbuch am ang. Orte §. 4. 9. und 17. und Carl Pfizer Versuch über die Collation der Descendenten §. 266.

87) Man sehe hier Gönner a. a. O. §. 5.

darf der Gültigkeit derselben an sich nichts entgegenstehen. Es darf also der Urkunde nicht an der gesetzlich vorgeschriebenen Form mangeln; z. B. dem Testamente nicht an der erforderlichen Zahl der Zeugen, wenn es aussergerichtlich errichtet worden ist. Urkunden, welche an sich ungültig sind, können keine Beweiskraft haben. 2) Die Authenticität der Urkunde muß ausser Zweifel gesetzt, d. i. es muß zur Gewißheit gebracht werden können, daß die Urkunde von dem wirklich herrühre, welcher als ihr Verfasser angegeben wird. Beydes Aechtheit und Gültigkeit einer Urkunde ist demnach wesentlich verschieden. Denn eine Urkunde kann an sich authentisch, und dessen ungeachtet ungültig seyn, wie Gönner [88]) gegen Schneider [89]) sehr richtig erinnert hat. Der Fall kann, wie bereits bemerkt worden ist, bey einem Testamente vorkommen, welches zwar von dem Erblasser ohne allen Zweifel geschrieben, aber doch wegen eines Mangels der erforderlichen Solennität ungültig seyn kann. Aber Aechtheit und Gültigkeit machen, wenn sie auch vereint sind, doch eine Urkunde nur zum Beweise tüchtig. Beydes genügt aber noch nicht immer zur Beweiskraft. Diese hängt noch 3) von dem Inhalt derselben ab. Die Urkunde muß auch ihrem Inhalt nach den Beweis wirklich herstellen. Es muß also auch 4) der Aussteller derselben diejenigen Eigenschaften haben, welche die Gesetze erfordern, damit die Urkunde, als Erkenntnißgrund der Wahrheit, ihrem Inhalt nach, gelten kann. Ihrem Inhalt nach kann nun eine Urkunde von dreyerley Art seyn. Sie enthält

88) Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren, 2. B. Motive 2. Abth. S. 430.

89) Lehre vom rechtlichen Beweise S. 196.

entweder a) eine einseitige Verfügung und Willenserklärung des Verfassers, welcher dadurch über seine Vermögensrechte einseitig etwas festsetzte, und festsetzen konnte, z. B. Testamente, fideicommissarische Stiftungen. Oder b) ein Geständniß desjenigen, welcher sich verbindlich machen, und durch Eingeständniß seine Verbindlichkeiten anerkennen kann. Z. B. Contracte, Schuldverschreibungen, Quittungen. Oder c) die Erklärung eines Dritten über eine von diesem gemachte Wahrnehmung d. i. ein Zeugniß von der Wahrheit einer Thatsache. Z. B. Protocolle, Atteſtate u. dgl.

Bey der ersten Gattung von Urkunden kommt es auf die verbindliche Kraft einer einseitigen Willenserklärung an: Ihr Inhalt entscheidet also in so weit, als die Rechte unter den Partheyen von einer einseitigen Disposition abhangen, und diese die Willenserklärung des Verfassers der Urkunde als verbindlich anerkennen müssen [90]. So z. B. gilt das Testament eines Vaters für die darin bestimmten Erbtheile seiner Kinder, sofern keines derselben in seinem Pflichttheile verletzt ist; so wie das Testament eines jeden andern Erblassers für die darin bestimmten Vermächtnisse, die der Erbe auszahlen soll, als einseitig verbindende Disposition; so wie das Testament an sich die darin geschehene Erbeinsetzung, und die Vermächtnisse, die darin angeordnet worden sind, beweißt.

Bey der zweyten Gattung von Urkunden kommt es auf die Natur und Wirkung eines Geständnisses an; dieselben müssen also daraus beurtheilt werden. So wie nun jedes Geständniß die Absicht voraussetzt, eine rechts-

90) Gönner a. a. O. §. 19. S. 184.

verbindliche Handlung vorzunehmen, welche man den animus confitendi nennt; so kann diese immer eher bey einem schriftlichen Geständniß angenommen werden, als bey einem andern aussergerichtlichen Geständniß, weil die Ausfertigung einer Urkunde über Rechtsgeschäfte eine Handlung ist, welche den Stempel des Vorbedachts an sich trägt[91]).

Endlich soviel die dritte Art der Urkunden anbetrifft, so müssen diese ganz nach der Natur der Zeugnisse beurtheilt werden, ihre Beweiskraft kann also die Beweiskraft eines Zeugnisses nicht überschreiten. Es kommt demnach darauf an, ob sie ein blosses Privatzeugniß, oder ein öffentliches Zeugniß enthalten. Ist eine Urkunde von einer öffentlichen Person über die Wahrheit einer Begebenheit, die in ihr Amt einschlägt, in der Form ausgefertiget worden, in welcher ihr die Gesetze ein öffentliches Ansehen beylegen, so hat sie, als ein documentum publicum, volle Beweiskraft[92]); doch ist diese Beweiskraft nicht so unumstößlich, daß sie nicht einen Gegenbeweis zuließe[93]). Dahingegen haben unbeschworne schriftliche Privatzeugnisse in der Regel keine Glaubwürdigkeit[94]). Ist jedoch ein solches Privatdocument sehr alt, so daß ihr kein Verdacht eines Betrugs entgegensteht; so wird ihr wenigstens die Wirkung eines

91) Gönner's Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XLIII. §. 9. und Nro. XLVI. §. 17.

92) *L. ult. Cod. de re iudic. L. 31. Cod. de donat. L. 10. D. de probat.*

93) *Cap. 10. X. h. t.* REINHARTH Select. Observat. ad Christinaei Decisiones. Vol. III. Obs. 6. Geiger's und Glück's merkw. Rechtsfälle und Abhandlungen. 1. B. Nr. XI.

94) *L. 4. L. 9. Cod. de testibus.*

halben Beweises beygelegt [95]); ja in Sachen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, werden solche Zeugnisse zu einer provisorischen Verfügung als Bescheinigungen der geringsten Art. angenommen [96]).

Zu dieser dritten Gattung der Urkunden gehören auch die Aufzeichnungen der Eltern, welche z. B. als Maasstab der Collationsverbindlichkeit für die Kinder ein Zeugniß abgeben, dem volle Glaubwürdigkeit beygelegt wird [97]).

§. 1160.

Beweis der Authenticität.

Bey Urkunden beruht nun also die Beweiskraft derselben vorzüglich auf ihrer Authenticität oder Auctorschaft. Diese ergiebt sich bey den öffentlichen Urkunden zwar schon aus ihrer Form, und dem öffentlichen Siegel, womit sie versehen sind. Sie bedürfen daher keines weitern Beweises der Aechtheit, ob sie gleich dem Producten wenigstens zur Agnition vorgelegt werden müßen, und er muß dann ihre Authenticität anerkennen, wenn er nicht den Beweis ihrer Unächtheit zu führen vermag, wozu er sich aber der eidlichen Abläugnung nicht bedienen kann. Bey Privaturkunden hingegen muß der Beweis ihrer Authenticität durch Recognition geführt werden. Diese geschieht entweder

95) Struben's rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 73. von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. B. Nr. XXIV. §. 5. Schneider vom rechtlichen Beweise §. 239.

96) Gönners Handbuch. a. B. Nr. XLVI. §. 17. a. E.

97) Gönner a. a. O. §. 18.

1) durch das Eingeständniß des Producten, daß die Urkunde von ihm, oder demjenigen herrühre, welcher für den Verfasser derselben gehalten wird. Diese kann entweder eine ausdrückliche, oder eine stillschweigende seyn. Letztere wird daraus gefolgert, wenn der Product gegen die Urkunde keine Einwendung gemacht, oder die Urkunde selbst für sich gebraucht hat [98]. Wird die Anerkennung derselben wegen Ungehorsams für geschehen angenommen, so wird sie ein *recognitio ficta* genennt. Da jedoch dieselbe keine wahre Anerkennung ist, so kann die Wirkung einer solchen Recognition, als Folge des Ungehorsams, nicht über die Gränzen des gegenwärtigen Rechtsstreits hinaus erstreckt werden [99].

2) Durch Zeugen, welche entweder bey Ausfertigung der Urkunde zugegen waren, oder die Urkunde selbst als Zeugen unterschrieben haben, in welchem letzten Falle sie durch Anerkennung ihrer Unterschrift das Zeugniß ablegen.

§. 1161.

Antretung des Urkundenbeweises.

Soll nun der Beweis durch Urkunden geführt werden, so muß der Beweisführer in der Schrift, worin er den Beweis antritt, vor allen Dingen erklären, daß er sich dieses Beweismittels bedienen wolle, dabey den Beweissatz bestimmen, und die Urkunden angeben. Sind deren mehrere, so werden sie mit Zahlen oder Buchstaben bezeichnet. Sind sie in fremder Sprache abgefaßt, so

98) Danz Grds. des ordentl. Prozesses §. 351. u. 352. Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 89. Note a.

99) Gönner's Entwurf. 2. B. 1. Abth. S. 440. D. 1.

müssen sie von vereideten Sprachkundigen übersetzt, und mit der Uebersetzung dem Producten zugestellet werden. Zur Inductio documentorum genügt jedoch zur Zeit auch nur die Beylegung von Abschriften. Der Producent muß sodann den Richter zur Einleitung des hierzu erforderlichen Verfahrens auffordern, welches durch die Bitte geschieht, einen Termin zur Vorlegung der Original-Urkunden anzuberaumen, und den Producten darauf zur Anerkennung derselben peremtorisch vorzuladen. Diese Beweisantretung muß noch vor Ablauf des Beweis-Termins geschehen. Binnen demselben müßen alle Urkunden angegeben werden, deren sich der Producent bedienen will. Nur neu aufgefundene Urkunden, wenn der Producent eidlich bekräftiget, daß er früher keine Wissenschaft von denselben gehabt habe, und solche, welche zum liquiden Beweis einer Einrede dienen, die auch noch in Executions-Termin rechtliches Gehör findet, werden nach Ablauf des Beweis-Termins noch zugelassen. Auch kann eine vor der Recognition verlohren gegangene Urkunde durch eine oder mehrere ersetzt werden [100]. So lange jedoch die Beweisfrist noch nicht abgelaufen ist, steht es dem Beweisführer frey, angegebene Urkunden zurückzunehmen, oder auch noch neue hinzuzuthun. Eben dieses steht ihm bis zur Production der Urkunden frey, wenn der Beweis-Termin nicht peremtorisch war. Ist gar kein Beweis-Termin vorgeschrieben, so können noch bis zum Beschluß der Sache neue Urkunden beygebracht werden [1].

100) Gönner's Handbuch 2. Band. Nr. XXXIX. §. 7.

1) Danz Grundſ. des ordentlichen Prozesses §. 322.

§. 1162.

Productions = Termin.

In dem Productions = Termin müssen nun die inducirten Urkunden dem Producten im Original vorgelegt werden. Bleibt daher der Producent aus, oder er ist zwar erschienen, hat aber die Urkunden nicht vorgelegt, so tritt die Strafe der Desertion ein, und die Urkunden können, auf Anrufen des Producten, für verlohren erklärt werden [2]). Ist aber die Production in dem Termin geschehen, so hat sie die Wirkung, daß die vorgelegten Documente von nun an in dem Sinne gemeinschaftlich werden, daß sie nun nicht mehr zurückgenommen werden können, und der Producent sie auch wider sich selbst gelten lassen muß [3]). Hat der Product gegen die Zuläßigkeit der vorgelegten Urkunden oder der übergebenen Artikel gegründete Einwendungen, so muß er sie in dem Productions = Termin gehörig vorbringen, und sich darüber richterliche Entscheidung erbitten. Man nennt das dadurch veranlaßte besondere Verfahren das Productionsverfahren [4]). Ob nicht auch Copien zum Beweis gebraucht werden können, kommt auf die Umstände an [5]). Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

1) Der Product hat die Copie, als mit dem Original gleichlautend, anerkannt. Es kann dieses nicht nur aus=

2) Danz §. 324.

3) Gönner's Handbuch. 2. B. Nr. XXXIX.

4) Danz Grundſ. §. 327 und 328.

5) S. *Io. Aug.* Hellfeld, oder *Io. Guil.* Nieper Diss. de probatione per exempla seu copias documentorum. *Ienae* 1762. *Io. Ern. Iust.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. 1. Obs. 461.

drücklich geschehen, wenn er die Copie unterschrieben, oder im Gericht erklärt hat, daß die Copie richtig sey; sondern auch stillschweigend, wenn der Product nichts dagegen eingewendet, oder sich derselben zu seinem Beweise selbst bedient hat. Daß in diesem Falle die Copie dem Original gleichzuachten, ist außer Zweifel [6]).

2) Hat der Product die Copie auf diese Art nicht anerkannt, so ist zu unterscheiden, ob die Abschrift beglaubt, oder unbeglaubt ist.

a) Ist die Abschrift beglaubt, so ist wieder zu unterscheiden.

α) Es ist eine Abschrift von einer öffentlichen Urkunde. Eine solche Abschrift beweißt vollständig, sofern die Urkunde, von der sie entnommen wurde, auch ohne Recognition Beweiskraft hat.

β) Die beglaubte Abschrift ist von einer Urkunde, welche ohne Recognition oder Beweis ihrer Authenticität nichts beweißt. Eine solche Abschrift ist entweder

aa) mit Einwilligung aller Interessenten gefertiget worden. Hier ist sie dem Original gleichzuachten [7]). Oder

bb) es ist dieses nicht der Fall. Hier kann die Abschrift dem Original anders nicht gleichgeachtet werden, als wenn der Beweis der Aechtheit geliefert werden kann [8]).

Ob übrigens die Beglaubigung vom Gericht oder von einer andern öffentlichen Person, z. B. von einem Notar,

6) Hellfeld cit. Diss. §. 10.

7) *Io. Iod.* Beck Diss. de vidimus sive copiis vidimatis. *Altorfii* 1745 §. 6. pag. 11.

8) Gönner's Handbuch 2. B. Nr. XLVI. §. 8. S. 371.

geschehen ist, ist gleichviel, wenn nur die Abschrift mit einem öffentlichen vollgültigen Zeugniß versehen ist, daß sie mit dem Original übereinstimme [9]. Zu dieser Beglaubigung wird nun aber erfordert, daß derjenige, welcher die Abschrift vidimirt, aus hinlänglichen Gründen überzeugt seyn müße, daß die Urkunde, von der sie entnommen wird, das wahre Original sey. Da nun öffentliche Urkunden keiner Recognition bedürfen, weil sie die äußeren Merkmale ihres öffentlichen Glaubens an sich tragen, so sind die davon gemachten Abschriften immer dem Original gleichzuachten, ohne daß eine Zustimmung der Partheyen dazu erforderlich ist [10]. Ganz anders verhält sich die Sache mit Privat-Urkunden. Abschriften, die davon entnommen werden, wenn sie durch öffentliche Beglaubigung eine dem Original gleiche vollkommene Beweis-

9) Beck cit. Diss. §. 3. Hellfeld cit. Diss. §. 22. und *Io. God.* Moesler Diss. de notariis publicis. *Viteb.* 1800. §. 4. nr. 9. pag. 10. sqq.

10) Hellfeld cit. Diss. §. 20. in fin. und Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 122. §. 19. Nur bey Notariats-Vidimationen wird die Zuziehung von Zeugen erfordert. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXX. medit. 2. Mehrere Rechtsgelehrten wollen jedoch den Abschriften öffentlicher Urkunden, die von Notarien ohne Einwilligung der Interessenten ausgefertiget worden sind, keine volle Beweiskraft beylegen, sondern meinen, der Richter könne deshalb nur auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkennen. S. Danz Grds. des ordentlichen Prozeßes §. 326. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 2. Th. IV. Abschnitt §. 5. Man sehe aber Moesler Diss. cit. §. 4. pag. 11. sqq.

kraft erhalten sollen, erfordern eine vorgängige Untersuchung, daß die Urschrift richtig sey. Sie muß also entweder von dem Ausstellen selbst, oder von demjenigen, gegen welchen sie zum Beweis gebraucht werden soll, anerkannt seyn [11]). Ohne diese vorgängige Untersuchung wird die beglaubte Abschrift keine größere Beweiskraft haben, als eine simple Copie, weil sich dann die Beglaubigung nur auf die Richtigkeit der Abschrift, als solcher, beziehen, auf die Frage aber, ob das copirte Document Original sey, keinen Einfluß haben kann, da es dem Vidimirenden an der Ueberzeugung von der Authenticität der Urschrift fehlte [12]).

b) Unbeglaubte Abschriften, wenn sie der Producent nicht für gleichlautend mit dem Original selbst anerkannt hat, haben an sich keine Beweiskraft, weil aus der Copie nicht zu ersehen ist, daß die Urkunde wirklich von dem geschrieben sey, welcher als ihr Urheber angegeben wird [13]). Man macht indessen folgende Ausnahmen.

1) Wenn bewiesen werden kann, daß das Original-Document durch einen Zufall verloren gegangen sey, und außer diesem Beweise des Zufalls noch andere Umstände hinzukommen, die den angegebenenen Inhalt der Urkunde wahrscheinlich machen. In diesem Falle wird der Beweis-

11) *Cap*. 16. *X. h. t.* Hellfeld Diss. cit. §. 20. Man sehe auch *Iust. Henn.* Boehmer Ius Eccl. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 22. §. 5. und Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts 1. Th. S. 122. §. 19.

12) Gönner's Handbuch. 2. B. Nro. XLVI. §. 9. a. E.

13) *L.* 2. *D. h. t.* *Cap.* 1. *X. eodem.*

führer zum iuramento suppletorio gelassen [14]. Ja es können Umstände eintreten, welche der bloßen Abschrift eine solche Glaubwürdigkeit geben, daß sie einen völligen Beweis macht [15].

2) Wenn die Copie sehr alt ist, und noch andere Gründe hinzutreten, welche allen Verdacht eines Betrugs ausschließen [16], denn ohne adminiculirende Gründe kann das Alter an sich einer bloßen Copie noch keine Beweiskraft verschaffen [17]. Nicht leicht wird jedoch eine solche Copie den Mangel des Originals ersetzen, sondern nach Befinden der Umstände dem Reinigungs- oder Erfüllungseide Raum geben [18]. Es verstärkt sich indessen die Glaubwürdigkeit derselben, wenn sie in einem öffentlichen Archive, oder gerichtlichen Registratur gefunden worden ist, in welchem Falle sie dem Original gleichgeachtet wird, besonders wenn sie mit dem gegenwärtigen Besitzstand übereinstimmt [19].

14) *L.* 5. *C. h. t.* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXVI. medit. 7. Reinharth select. Observation. ad Christinaeum. Vol. V. Obs. 21.

15) Einen solchen Fall hat Joh. Christ. Ludw. Frefenius in den Meditationen für Rechtsgelehrte. 2. Bd. Nr. VIII. S. 194—201.

16) Hellfeld cit. Diss. §. 15.

17) Leyser Specim. CCLXI. medit. 7.

18) Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 68. et Tom. II. P. IX. Obs. 162.

19) Boehmer iur. ecclesiast. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 22. §. 8. Müller ad *Struvium* Tom. II. Syntagmatis iur. civ. Exercit. XXVIII. Th. 31. not. δ, et ε. und Joh. Christ. Conr. Schröder's vermischte jurist. Abhandlungen. 2. B. S. 99. f.

3) Wenn das Original durch Betrug oder ein demselben gleichstehendes grobes Verschulden des Producten zu Grunde gieng [20]).

4) Wenn eine Urkunde wegen ungehorsamlicher Verweigerung des Gegners für vorgelegt angesehen wird. In beyden Fällen wird die Copie dem Original gleichgeachtet, und beweist gegen den Producten vollständig, was dadurch bewiesen werden sollte [21]).

§. 1163.

Diffession der Urkunden. Diffessionseid.

Obwohl öffentliche Urkunden, sofern sie die gerichtskundigen Merkmale an sich tragen, daß sie von einer öffentlichen Behörde, oder unter deren Mitwirkung ausgefertiget worden sind, keiner Recognition, das ist, keiner ausdrücklichen Erklärung von Seiten des Producten bedürfen, ob er sie für diejenigen halte, wofür sie ausgegeben werden; so können doch Fälle vorkommen, wo auch die Qualität einer öffentlichen Urkunde eines besondern Beweises bedarf. Dieser besondere Beweis ihrer Aechtheit tritt ein, wenn entweder jene Merkmale des öffentlichen Glaubens nicht gerichtskundig sind, die Urkunde ist z. B. mit einem ausländischen, dem Richter unbekannten, Siegel versehen; oder wenn diese Merkmale unvollständig erscheinen, oder Zeichen der Ungewißheit an sich tragen, z. B. wenn das Siegel beschädiget, und nicht mehr erkennbar

20) *L. 20. Cod. de probat.* Gönner's Handbuch. 2. B. Nr. XLVI. §. 8. S. 479. Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 2. Band. §. 1726.

21) Hellfeld cit. Diss. §. 11. und Gönner a. a. O.

ist [22]). Dieß sind aber nur Ausnahmen von der Regel, wo dem Producenten der Beweis der Aechtheit der Urkunde obliegt; denn in der Regel muß der Product öffentliche Urkunden als authentisch anerkennen, oder ihre Unächtheit beweisen [23]). Eine solche Agnition kann auch stillschweigend dadurch geschehen, wenn der Product nichts dagegen einwendet [24]). Privatdocumente hingegen, so wie auch die sogenannten documenta quasi publica, müssen, wenn sie beweisen sollen, erst recognoscirt. d. i. als ächt anerkannt werden [25]). Wird die Recognition verweigert, d. h. läugnet der Product, daß die wider ihn vorgebrachte Urkunde eine solche sey, wofür sie von dem Producenten gehalten wird; so wird diese Diffession als eine verneinende Litiscontestation angesehen [26]), welche auf Seiten des Producenten die Verbindlichkeit herbeyführt, die Aechtheit der vorgelegten Urkunde zu beweisen. Zu dieser Beweisführung kann sich der Producent aller legalen Beweismittel bedienen, welche ihm zu Gebote stehen; er kann die Zeugen eidlich abhören lassen, welche die Urkunde unterschrieben haben, oder welche bey der Ausstellung derselben gegen-

22) Gensler über die Begriffe: Beweis, Beweismittel ꝛc. §. 8. S. 60. u. 61. Not. ***.

23) Anderer Meinung ist Martin im Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozeßes. §. 202. a. E.

24) Gensler a. a. O. S. 61.

25) S. Ernst Christ. Westphals öffentliche und privat-Rechtsgutachten u. Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts, 1. B. S. 118. §. 3.

26) Mevius Tom. I. P. III. Decis. 172. et Tom. II. P. VI. Decis. 278. Gönner's Handbuch 2. Band Nr. XLVI. §. 14.

wärtig wären [27]; oder er kann auch gleich die eidliche Erhärtung von dem die Rechtheit der Urkunde verneinenden Producten verlangen. Das Römische Recht kennt hier keinen andern Eid, als den angetragenen. Folgende Stelle des Röm. Rechts setzt dieses ausser Zweifel.

Nov. XVIII. Cap. 8.

Si [28]) quis enim syngrapham alicuius proferat, hic vero eam neget, etsi manum eius prae se ferat, *ita ut actor in ea probanda molestiam subire cogatur:* aut manum quidem agnoscat, neget vero debitum sibi solutum esse, actorque legitimo modo id probet, sancimus, ut utroque casu in duplum condemnetur. —

Haec vero dicimus, *nisi actor probationibus renuncians, iuramento rei inficiationem hactenus factam solvi velit.* Si enim tale quid fecerit, siquidem statim ab initio post inficiationem *iuramentum deferat,* et ille statim id, quod prius inficiatus erat, confiteatur, quantum ad duplum extra periculum erit. Si vero longius protracta lite tum demum actor *iuramentum deferat,* hic vero etiam sic confiteatur id quod defertur, poena quidem dupli eum eximimus, actori vero omnes impensas propter probationem hucusque factas iuramento illius definiendas, eum, qui initio quidem inficiatus, deinde vero confessus est, solvere iubemus.

27) *Nov. LXXIII. Cap.* 1. *et* 4. *L.* 20. *Cod. de fide instrum.*

28) Nach Hombergks Uebersetzung.

Die daraus gezogene *Auth. Contra Cod. de non numerata pecunia* lautet folgendermaßen:

Contra, qui propriam scripturam, qua convenitur, abnegat, vel numerationem inficiatur: convictus in duplum condemnetur: nisi, *sacramento illato* confiteatur: tunc enim non punitur, nisi in expensas circa probationes factas, actoris iuramento declarandas.

Auch nach den Gesetzen der alten Teutschen mußte der Product seine Abläugnung eidlich erhärten [29]), jedoch sollte nach den Gesetzen der Westgothen [30]) zuvor der Producent schwören, daß mit der Urkunde kein Betrug vorgegangen, noch daran einige Verfälschung weder von ihm, noch auch, soviel er wisse, von irgend einem Andern geschehen sey. Dieß war gewissermassen ein Gefährde-Eid, welchen der Product von dem Producenten fordern konnte, wenn er die Abläugnung der Urkunde beschwören sollte. Die merkwürdigen Worte dieses Gesetzes lauten bey Georgisch folgendermaßen:

Proinde cum de quibuslibet scripturis parentum, quas tamen iustissime ac legitime de rebus sibi debitis patuerit esse conscriptas, fuerit exorta contentio: si ille, cui scriptura profertur, nescire se dixerit ipsius scripturae veritatem, mox prolator ille iurare cogatur, nil fraudis vel laesionis in

29) *Lex Alamannor.* Tit. II. §. 2. nach der berichtigten Leseart des Balüze in notis ad Capitularia Tom. II. pag. 1001.

30) *Lex Wisigothor.* Lib. II. Tit. 17. in *Pet.* Georgisch Corpor. iuris Germ. ant. pag. 1912.

ea quandoque aut a se factum esse, aut ab alio quocunque factum omnimodo cognovisse vel nosse: sed ita manere, sicut auctor eius eam voluit ordinare vel roborare. Deinde ille, qui eam renuit accipere, cogatur iurare, se hanc scripturam veram esse nescire, nullaque evidenti cognitione sapere, seu ab auctore suo legitime confectam existere, neque subscriptionem vel signum auctoris veridice factum cognoscere.

Der jüngste Reichsabschied vom Jahre 1654. hat hierin nichts geändert, sondern verordnet blos §. 39. daß wenn der Kläger seine habenden Beweisthümer und Urkunden nicht gleich mit der Klage, sondern erst in dem ersten Termin einbrächte, dem Beklagten dann unverwehrt wäre, Abschriften und Zeit darauf zu handeln zu begehren, jedoch daß er nichts destoweniger auf den Libell antworte, auch *in puncto recognitionis*, auf des Klägers Erfordern, sich der Gebühr *recognoscendo vel diffitendo*, unter gewöhnlichen Präjudiz und Straf des Procuratorn, vernehmen lasse.

Von Einem Eide ist nun eigentlich hier gar nicht einmal die Rede, sondern der Sinn dieser Worte geht offenbar nur dahin, der Kläger könne verlangen, daß der Beklagte nicht nur auf die Klage antworte, sondern auch im Betreff der wider ihn vorgebrachten Urkunden sich darüber in Termino erkläre, ob er deren Richtigkeit anerkenne, oder nicht. Denn *diffiteri* heißt eigentlich nichts anders als läugnen, daß die Urkunde von dem herrühre, von welchem sie verfaßt seyn soll, ihre Richtigkeit in Zweifel ziehen, sie nicht für das Document anerkennen, wofür sie von dem Producenten ausgegeben worden ist. Davon ist aber die

eidliche Abläugnung noch sehr unterschieden. Mit Recht bemerkt daher Walch[31]), daß schon die älteren sowohl Jenaischen als Leipziger Rechtsgelehrten die Stelle des jüngsten Reichsabschiedes anders nicht verstanden hätten, als daß das Gesetz dem Producten blos Antwort und Einlassung auf die wider ihn vorgebrachten Urkunden zur Pflicht gemacht habe, und zwar entweder eine affirmative durch Anerkennung, oder eine negative durch Abläugnung der Urkunde. Ob nun in dem letzten Falle der Producent es auf den Eid des Producten ankommen lassen, oder die Richtigkeit der Urkunde durch andere Beweise ausser Zweifel setzen wolle, darüber hat das Gesetz gar nichts bestimmt, mithin es stillschweigend bey dem Röm. Rechte bewenden lassen. Gleichwohl glauben unsere heutigen Practiker, es sey in diesem Gesetz für den Fall der Abläugnung einer Urkunde eine eigne Art des Eides sanctionirt, der den Römern ganz fremd gewesen, und blos vaterländischen Ursprungs sey. Man nennt ihn den Diffessionseid, und streitet sich darüber, zu welcher Art von Eiden derselbe zu zählen sey. Die meisten halten ihn für ein iuramentum necessarium, doch nach ganz verschiedenen Ansichten. Einige[32]) erklären ihn für einen gesetzlichen Eid von eigenthümlicher Natur, wozu die Gesetze den Producten verbinden. Daher könne derselbe von dem Producenten weder

31) Diss. de instrumentorum post iuratam eorum diffessionem fide. *Jenae* 1758. §. 4. in fin.

32) Carpzov Iurispr. for. P. I. Const. 12. Def. 27. Stryk de cautel. iuramentor. P. III. Sect. III. cap. 5. von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamk. 1. B. Erört. XXIV. §. 3. von Gönner Handbuch des gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XLVI. §. 11. 13.

einen Gefährdeeid fordern, noch dem Producenten den Eid zurückgeben. Wolle er jedoch den Eid nicht schwören, so könne er denselben dadurch beseitigen, daß er sein Gewissen mit Beweis vertrete. Andere [33]) halten den Diffessionseid für einen Reinigungseid. Noch andere [34]) für einen Eid gegen Gefährde, welcher daher weder Zurückschiebung, noch Gewissensvertretung zulasse. Alle diese Meinungen sind jedoch in einer neuern Schrift [35]) hinlänglich geprüft und zur Genüge widerlegt worden. Die richtigere Ansicht scheint mir noch immer die zu seyn, daß der Verläugnungseid in den meisten Fällen die Natur des zugeschobenen Eides habe, und daher nicht nur dem Producenten zurückgeschoben, sondern auch durch Gewissensvertretung abgewendet werden

33) Griebner Princip. proc. iud. Lib. I. cap. 3. Sect. 3. §. 8. Pufendorf Observ. iur. univ. Tom. I. Obs. 55. Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. cap. 3. §. 23. Canz Tr. de probabilitat. iurid. §. 202. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 4462. in fin. et §. 4463. und *Jo. Car. Ern.* Piper Diss. de vera iuramenti diffessionis indole. *Jenae* 1806.

34) Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 95. Hertius Decis. LXXIV. nr. 1. *Jo. Ge.* Frommann Diss. de iuramento diffessionis. *Marb.* 1723. *Chr. J. A.* Sengebusch Diss. de indole iuramenti diffessionis. *Goettingae* 1801. und Martin Lehrbuch des bürgerl. Prozesses. §. 197. Not. 5. u. §. 203. Not. d.

35) *Sigism.* Zimmern Commentat. de iuramento diffessionis. *Heidelbergae* 1817. 8. Man sehe auch Gensler's theoret. practische Bemerkungen über die Anerkennung schriftlicher Beweisurkunden, im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. Nr. XXXII. S. 325. ff.

könne. Diesen richtigen Blick hatte zuerst Malblanc[36]), welcher diese Meinung aus sehr bündigen Gründen vertheidigte. Ihm folgten mit Recht Danz[37]), Grolman[38]), Bierer[39]) und Schneider[40]). Will man auch das *diffitendo* in der oben angeführten Stelle des jüngsten Reichsabschiedes von einer eidlichen Abläugnung verstehen, so ist doch alles hierbey durch des Klägers Erfordern bedingt. Wie könnte also der Richter, ohne dem Rechte des Klägers zu nahe zu treten, geradezu erkennen, der Product sey verbunden, die Urkunde entweder anzuerkennen, oder eidlich zu diffitiren[41])? Nach dem Gesetz kann der Richter blos dem Producten sub praeiudicio auflegen, sich auf die Urkunde zu erklären, ob er sie anerkenne, oder nicht, und muß dann in dem letztern Falle dem Producenten überlassen, auf welche Art er nun den ihm obliegenden Aechtheitsbeweis zu führen gedenke. Wählt er nun, statt alles weitern Beweises, des Producten Eid, so kann auch dem Producten, wie unsere heutigen Rechtsgelehrten[42]) mit Recht behaupten, nicht versagt werden, den Beweis der Nichtächtheit der Urkunde zu unternehmen. Kann nun

36) Doctr. de iureiurando. §. 50.

37) Grundsätze des ordentlichen Prozeßes §. 334.

38) Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 89.

39) Syst. process. iudiciar. Tom. II. §. 149. pr. pag 301.

40) Vollst. Lehre vom rechtlichen Beweise. 2. Abth. Anmerk. XLVII. S. 489.

41) S. Gensler's angef. Bemerkungen. a. a. O. Not. 30. S. 324.

42) Gönner's Handbuch. 2. B. Nr. XLVI. §. 13. Gensler's angef. theoret. pract. Bemerkungen. S. 325.

auch hier, wie man zugiebt, der Schiedeseid Platz greifen [43]), warum sollte der Product nicht auch den von ihm geforderten Eid dem Producenten zurückgeben können, wenn beyde von der Urkunde gleiche Wissenschaft haben [44])?

Zuweilen kann indessen der Diffeßionseid die Natur eines nothwendigen Eides annehmen, wenn nämlich entweder der von dem Producenten unternommene Aechtheitsbeweis sich noch nicht bis zum Grade eines halben Beweises erhoben, oder der Product durch die unternommene Gewissensvertretung für sich nur einen halben Beweis der Unächtheit beygebracht hat, wo dann in dem ersten Falle dem Producten der Reinigungseid, in dem letzten aber der Erfüllungseid zuzuerkennen ist [45]). Aus allem ergiebt sich nun auch, daß der Unterschied, den Martin [46]) in Rücksicht der Diffession zwischen solchen Privaturkunden macht, welche angeblich vom Producten eigenhändig, oder von solchen Personen ausgestellt seyn sollen, für deren Handlungen er haftet, und solchen, bey denen weder das Eine noch das Andere der Fall ist, wenn nämlich Product nur in Ansehung der ersten zur Agnition (Recognition) oder eidlichen Diffession verbunden, in Ansehung der letzteren

43) Gensler a. a. O. Not. 36.

44) Daß der Product die Unächtheit der Urkunde unter andern auch durch Zurückschiebung des Diffessionseides darthun könne, behauptet auch Thibaut Syst. des Pandectenrechts 3. Bd. §. 1181. aus dem Grunde, weil dieser Eid ein vom Producenten stillschweigend zugeschobener ist.

45) S. Zimmern cit. Commentat. §. 13. et §. 14.

46) Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 202. und §. 203.

aber nur die Recognition Statt finden, die eidliche Diffession aber unzuläßig seyn soll, in den Gesetzen keinen Grund habe, als welche vielmehr den Producten, auf des Klägers Erfordern, schlechthin verbinden, sich auf die wider ihn vorgebrachte Urkunden der Gebühr nach recognoscendo oder diffitendo unter gewöhnlichem Präjudiz vernehmen zu lassen [47]. Auf beyde Fälle geht auch die Eides-Formel, jedoch mit dem Unterschiede, daß wenn die Urkunde für eine solche ausgegeben wird, welche von dem Producten herrühren soll, der Eid mit Gewißheit und also dahin abzuschwören ist, daß **Product die Urkunde weder selbst geschrieben, oder unterschrieben habe, noch solche mit seinem Wissen oder Willen von einem Andern geschrieben oder unterschrieben worden sey**; wird sie aber für eine solche ausgegeben, welche von einem Andern herrührt, die Eidesformel dahin geht, **daß er nicht wisse, auch nicht glaube, noch dafür halte, daß der von dem Beweisführer angegebene Aussteller die Urkunde selbst geschrieben oder unterschrieben habe, oder daß solche mit seinem Wissen oder Willen durch einen Andern geschrieben oder unterschrieben worden sey** [48]. Da von

47) J. R. A. §. 39. S. *Franç. Joachim.* BAYN Diss. de recognitione et diffessione manus alienae. *Giessae* 1750. Cap. III. §. 16—18. Danz Grundsätze des ord. Prozesses § 334. So werden z. B. Vormünder in Sachen ihrer Mündel zur Recognition und eidlichen Diffession der wider sie vorgebrachten Urkunden zugelassen. S. *Jo. Heinr.* BERGER Diss. de modis declinandi recognitionem et diffessionem instrumentorum. Cap. I. §. 7. und BAYN cit. Diss. §. 18.

48) S. BAYN cit. Diss. Cap. 3. §. 16. S. Oelze Anlei-

der Ableistung dieses Eides häufig Gewinn und Verlust des ganzen Rechtsstreits abhängt, so würde er seinen Zweck verfehlen, wenn er durch einen Bevollmächtigten abgeschworen werden dürfte, wie einige[49], besonders diejenigen behaupten, welche ihn für einen Gefährde Eid halten[50]. Der Eid muß also von dem Producten in eigner Person abgeleistet werden[51]; denn dieß ist die Regel bey allen gerichtlichen Haupteiden[52], und kein Gesetz macht bey dem Diffeßionseide eine Ausnahme. Eine Ausnahme könnte also nur dann eintreten, wenn der Beweisführer in die Ableistung desselben durch einen Bevollmächtigten willigte[53].

Uebrigens bemerkt Hellfeld noch in Rücksicht der Recognition, daß die Anerkennung sowohl in Ansehung der Unterschrift der Urkunden, als in Ansehung ihres Inhalts geschehen müße. Die erstere schließt jedoch die letzte schon in sich, weil von demjenigen, der eine Urkunde unterschrieben hat, nothwendig angenommen werden muß, daß er den Inhalt derselben gekannt, und in denselben gewilliget habe[54].

tung zur gerichtlichen Praxis §. 224. und Gensler im Archiv für die civilist. Praxis. 2. Band S. 325. Not. 37.

49) Danz Grundsf. des ordentlichen Prozesses. §. 534. a. E.

50) Martin Lehrbuch des bürgerl. Proz. §. 203. Not. d.

51) S. Zimmern Commentat. de iuramento diffessionis. §. 21. und Gensler's theoret. pract. Bemerkungen über die Anerkennung der schriftlichen Beweisurkunden; in dem Archiv für die civ. Prax. 2. B. S. 327.

52) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 806.

53) Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 224. Nr. 4. S. 341.

54) *L. 8. §. 15. D. Quib. modis pign. vel hyp. solvit.* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXVIII. medit. 1.

Wegen dieser Vermuthung steht es daher dem Producten in der Regel nicht frey, seine Unterschrift anzuerkennen, den Inhalt derselben aber eidlich abläugnen zu wollen [55]. Es können indeßen Ausnahmen Statt finden. Dahin gehört,

1) wenn der Product beweisen kann, daß er seinen Namen unterschrieben habe, ohne den Inhalt der Urkunde zu wissen. Dieß kann Erstens der Fall seyn, wenn der Product ein Blanket ausgestellt hat, welches er in der Absicht, daß es mit einem andern Inhalt ausgefüllt werden sollte, unterschrieb, dieses aber gegen seine Absicht gemißbraucht worden ist. Es läßt sich auch Zweytens der Fall gedenken, daß der Product nicht Geschriebenes lesen konnte, und ihm der Inhalt entweder gar nicht, oder falsch vorgelesen worden ist. Der Diffeßionseid kann jedoch in diesen Fällen nicht zum Beweise der Unächtheit dienen, weil dieser eigentlich den Fall voraussetzt, wo nicht demjenigen, welcher denselben schwören soll, sondern vielmehr demjenigen, welcher ihn fordert, der Beweis obliegt [56]. Dahingegen kann sich der Product, dem in den angeführten Fällen der Beweis obliegt, ohne allen Zweifel der Eidesdelation bedienen [57].

55) Büchner Untersuchung der Frage, ob derjenige, welchem eine Handschrift zur Anerkennung, oder eidlichen Abläugnung vorgelegt worden, die Unterschrift anerkennen, den Inhalt aber eidlich abläugnen könne? Göttingen 1780. 4. Danz Grundს. des ordentl. Proz. §. 333. nach der Gönnerschen Ausgabe.

56) S. Schneiders vollst. Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 213. und 2. Abth. Anmerk. XLIX. S. 491.

57) Bayn cit. Diss. §. 13. und v. Gönner Handbuch 2. B. Nr. XLVI. §. 12. S. 377.

2) Wenn in der Urkunde sichtbare Veränderungen, z. B. durch Ausstreichen, und Darüberschreiben, oder Einschalten erscheinen, und der Product läugnet, daß diese Aenderungen von seiner Hand, oder mit seiner Einwilligung gemacht worden seyen. Da die Urkunde in des Producenten Händen sich befindet, so kann derselbe die rechtliche Vermuthung, daß diese Veränderungen mit Einwilligung des Producten gemacht worden seyen, nicht für sich anführen, ihm liegt also der Beweis der Aechtheit auf, und er kann, wenn er ihn auf andere Art zu führen nicht vermag, von dem Producten den Verläugnungseid fordern [58].

3) Wenn der Product, indem er die Unterschrift der Urkunde anerkennt, zugleich behauptet, daß er zu dieser Unterschrift durch Betrug verleitet, oder durch unrechtmäßige Gewalt gezwungen worden sey. Da dieses keine directe Abläugnung des Inhalts der Urkunde ist, sondern blose Einwendungen gegen die Gültigkeit derselben sind, so liegt dem Producten der Beweis derselben ob; und es findet in Ansehung desselben das Nämliche Statt, was bey dem ersten Falle bemerkt worden ist [59].

§. 1164.

Diffession der Urkunde ist unter der auferlegten Recognition derselben mit begriffen. Ungehorsam des Producten.

Dem Producten ist durch das Gesetz zur Pflicht gemacht, sich über die wider ihn vorgebrachten Urkunden entweder recognoscendo oder diffitendo zu erklären [60].

58) Schneider's angef. Lehre §. 214.

59) Schneider im angef. Buche §. 215.

60) J. R. A. §. 39.

Es kann ihm also die Recognition nicht schlechterdings auferlegt werden. Denn die alternative Verbindlichkeit begreift zugleich ein Wahlrecht in sich, was ihm der Richter dadurch, daß er sein Erkenntniß blos auf die Anerkennung der Urkunde gerichtet hat, nicht entziehen kann [61]). Es ist vielmehr unter der aufgelegten Recognition auch die Diffeßion stillschweigend mit begriffen, und daher das richterliche Erkenntniß zu keiner solchen Beschwerde geeignet, daß ein Rechtsmittel dagegen mit Grund eingewendet werden dürfte [62]). Hat sich hingegen der Product über die ihm aufgelegte Anerkennung der gegen ihn producirten Urkunde beharrlich gar nicht erklärt, ohngeachtet die Auflage unter dem gewöhnlichen Präjudiz geschehen war, oder hat er zwar dieselbe abgeläugnet, er weigert sich aber den von ihm geforderten Verläugnungseid abzuleisten, ohne, wie ihm zu thun freysteht, statt dieses Eides, durch andere Mittel einen Beweis der Unächtheit zur Vertretung des Gewissens unternommen zu haben; so ist die Urkunde nun für anerkannt zu achten [63]).

§. 1165.

Irrecognoscible Urkunden.

Für unanerkennlich hält Hellfeld 1) diejenigen Urkunden, welche sichtbare Fehler haben, nämlich in entscheidenden Stellen Veränderungen, Rasuren, Einschaltungen, ausgestrichene Worte, oder Marginalzusätze enthalten. Kommen solche Aenderungen nicht an wesentlichen Orten, das

61) Danz Grds. des ordentl. Prozesses §. 334.

62) Leyser Specim. CCLXXVII. Medit. 3.

63) Schneider §. 210.

ist, nicht an solchen Stellen vor, die gerade auf die Entscheidung der Sache Einfluß haben, so schaden sie der Beweiskraft der Urkunde nichts. Darin sind alle einverstanden [64]). Allein auch selbst in entscheidenden Stellen können Aenderungen ersichtlich seyn, ohne daß darum die Urkunde sogleich für irrecognoscibel zu halten ist. Dahin gehört, wenn der Product in der Urkunde bekannt hat, daß die Aenderung mit seiner Bewilligung gemacht sey, oder dieses von dem Producenten erwiesen werden kann [65]). Ferner wenn durch die Aenderung die schuldige Summe, worüber das Document spricht, vermindert worden ist [66]). Es hat auch keinen Zweifel, daß eine Urkunde, die an einigen Stellen Aenderungen enthält, in den übrigen unabgeänderten Stellen und Puncten recognoscibel sey [67]). Utile enim per inutile haud vitiatur [68]). Ueberhaupt hat selbst die erwiesene Verfälschung einer Urkunde durch Ausstreichen, Radiren, Einschalten u. d. nach der billigern Meinung nur die Wirkung, daß der ursprüngliche Inhalt derselben wieder hergestellt werden muß [69]) und es würde

64) S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 15. in fin. Leyser Specim. CCLXXXI. medit. 5. et 6. und Westphal's Rechtsgutachten 1. Band S. 120. §. 12.

65) Leyser Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Specim. CCLXXXI. medit. 7. et 8.

66) Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 680.

67) *L. 1. et 2. D. de his, quae in testam. delentur. L. 42. Cod. de Transact.* Hommel c. l. in fin. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 121. §. 15.

68) *Cap. 37. de regulis iur. in VIto.*

69) S. Schneider vom rechtl. Beweise §. 214. S. 123.

eine übertriebene Härte seyn, einer solchen Urkunde nach Wiederherstellung ihres ursprünglichen Inhalts die Beweiskraft abzusprechen, und den Producten von der Recognition für frey zu erklären, wenn er seine Unterschrift nicht abläugnen kann [70]. Daß auch sogar durchstrichene oder zerrissene Urkunden zum Beweis der Zahlung gegen den Gläubiger dienen können, ist schon an einem andern Orte [71] bey der Erklärung der *L. 24. D. de probation.* ausgeführt worden. Haben Urkunden blos wegen ihres Alters und öftern Gebrauchs Risse bekommen, so schadet dieses der Beweiskraft derselben vollends nichts [72].

2) Urkunden, die wegen der Verfälschung verdächtig sind. Ein solcher Verdacht kann aus der Verschiedenheit des Papiers, der Hand, der Tinte entstehen [73].

3) Urkunden, welche sich auf eine andere beziehen, ohne deren betreffenden Inhalt anzuführen, sofern nicht offenbar erhellet, daß die bezogene Urkunde auf den Gegenstand des Beweises keinen Einfluß hat [74]. Jedoch kann

70) Gönner's Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürg. Rechtssachen. 2. Bd. 2. Abth. S. 433.

71) S. des 21. Theils 2. Abth. S. 368. Man vergleiche auch Mueller ad *Struvium* Exerc. XXVIII. Th. 33. Not. ξ.

72) Leyser Specim. CCLXXXI. medit. 4. Werner select. Observat. for. Tom. II. Part. VI. Obs. 407.

73) Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4463. Die bloße Verschiedenheit der Tinte ist jedoch an sich noch kein sicheres Kennzeichen der Verfälschung. S. Müller ad Struvium. Exerc. XXVIII. Th. 33. not. ϑ.

74) Leyser Specim. CCLXIV. med. 1. et 2. Westphals Rechtsgutachten. 1. B. S. 121. §. 14.

diesem Mangel auch durch Production des documenti relati abgeholfen werden [75]).

4) Einseitige Aufsätze des Producenten, weil Niemand in eigner Sache ein Zeugniß ablegen, noch sich selbst Rechte mit Wirkung zuschreiben kann [76]).

5) Irrelevante Documente, welche, wenn sie auch ächt sind, doch in der Hauptsache nichts beweisen. Solche ganz offenbar unerhebliche Urkunden muß der Richter schlechterdings verwerfen, und insofern Producent seinen ganzen Beweis darauf gebauet hatte, ist derselbe für verfehlt zu erklären [77]).

6) Urkunden, denen es an der gesetzlichen Form mangelt. Auch bey diesen kommt die Authenticität in keine Betrachtung [78]). Man rechnet gewöhnlich auch noch hierher

7) einseitige Schuldbekenntnisse, in welchen kein specieller Rechtsgrund der Verbindlichkeit ausgedruckt ist, (instrumenta indiscreta) [79]). Daß solche Urkunden zur Anstellung einer Executiv-Klage nicht geeignet sind, ist ausser Zweifel [80]). Allein im ordentlichen Prozeß ist kein Gesetz vorhanden, welches ein Schulddocument, worin die

75) *Nov. CXIX. cap. 3. Auth. Si quis Cod. de edendo.*

76) *L. 6. et 7. Cod. de probat.* Gönner im Handbuche 2. B. Nr. XLVI. §. 7. Nr. III.

77) Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 609.

78) Gönner Handbuch. 2. B. Nr. XLVI. §. 6.

79) Martin Lehrbuch des Prozesses §. 196. Thibaut System des Pand. Rechts 3. Bd. §. 1176. Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 26.

80) S. Weber Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 3. Stück Nr. 13. S. 79. ff.

causa debendi nicht ausgedruckt ist, für irrecognoscibel erklärt. Die Gesetze [81]), worauf man sich beruft, reden von der Zurückforderung eines indebite ausgestellten Schuldscheins, und legen dem Gläubiger den Beweis auf, daß eine wahre Schuld vorhanden sey, wenn darin kein bestimmter Schuldgrund angegeben worden. Davon ist hier aber nicht die Rede, sondern hier fragt sich's, ob der Schuldner, wenn aus einer solchen Urkunde im ordentlichen Proceß gegen ihn geklagt wird, die Recognition derselben aus dem Grunde verweigern könne, weil keine causa debendi in derselben angegeben ist? Und dieß ist darum zu verneinen, weil das Gesetz dem Producten die Verbindlichkeit auflegt, sich auf die wider ihn vorgebrachten Urkunden recognoscendo oder diffitendo vernehmen zu lassen [82]). Stellt er freylich die Richtigkeit der Schuld in Abrede, so muß dem Producenten der Beweis aufgelegt werden. Es muß auch ein Schuldgrund in dem Klagschreiben angegeben werden [83]).

§. 1166.

In wiefern beweisen Privatdocumente für ihren Verfasser. Beweiskraft der Handelsbücher.

Es ist eine in der Vernunft und in den Gesetzen gegründete Regel, daß einseitige schriftliche Aufsätze zwar gegen

81) *L.* 25. §. 4. *D. de probat. Cap.* 14. *X. de fide instrum.* S. den 21. Th. dieses Commentars S. 389.

82) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. § 17. in fin. *Ge.* Engelbrecht Diss. de instrumentis indiscretis, *Helmst.* 1707. Sect. II. §. 1. et 5. Gönner's angeführte Motive zu dem Entw. eines Gesetzb. über das gerichtl. Verf. 2. B. 2. Abth. §. 11. S. 448. f.

83) *L.* 14. §. 2. *D. de except. rei iudicatae. Cap.* 3. *X. de libelli oblat.*

ihren Verfasser, aber nicht für ihn beweisen, wenn sie nicht durch andere Gründe unterstützt sind [84]. Selbst der Fiscus hat hierin vor Privatpersonen nichts voraus. Denn es würde für das gemeine Wohl höchst gefährlich seyn, sagt der Kaiser Gallienus [85], wenn man einer Handschrift Beweiskraft beylegen wollte, worin Jemand einen Dritten als seinen Schuldner aufführt. Auch der Tod des Verfassers kann seiner einseitigen Privatverzeichnung und Angabe keine größere Glaubwürdigkeit verschaffen, als ihr an sich gebührt, mag selbige auch in einer letzten Willensverordnung enthalten, und ihr Verfasser im Rufe einer ganz unbescholtenen Person gestorben seyn [86]. Denn ganz allgemein ist die Vorschrift der beyden Kaiser Philip-

84) *L.* 5. *Cod. de probat.* Imp. Philippus A. et Philippus C. Sertorio. *Instrumenta domestica*, seu privata testatio, seu *adnotatio*, si non aliis quoque adminiculis adiuventur, ad probationem sola non sufficiunt. *Instrumenta domestica*, sagt *Janus a* Costa in Praelection. ad illustrior. quosdam Titulos locaq. select. iuris civ. pag. 232. vocat Lex scripturas e domo eius prolatas, qui sibi aliquid deberi contendit, i. e. domestice et privatim confectas. Man sehe auch *L.* 26. *in fin. D. depositi.* und Martin's Lehrbuch des gem. bürg. Prozesses. §. 195.

85) *L.* 7. *Cod. de probat.* Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque *fiscum*, neque *alium quemlibet* ex suis subnotationibus debiti probationem praebere posse oportet. Man verbinde damit noch *L. ult. Cod. de conveniendis fisci debitoribus.* (X. 2.)

86) S. die Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 7. Samml. Berlin 1782. S. 77.

pus [87]), wenn sie an einen gewissen Romulus folgendermassen rescribiren: *Rationes defuncti*, quae in bonis eius inveniuntur, ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse, saepe rescriptum est. Eiusdem iuris est, et si *in ultima voluntate* defunctus certam pecuniae quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi [88]) significaverit. Die Erben des Verfassers müssen sich zwar freylich die Angabe ihres Erblassers gefallen lassen, besonders wenn sie beschworen ist, allein einen Dritten verpflichtet sie nicht [89]). Es giebt indessen Ausnahmen. Dahin gehört

1) wenn die einseitig ausgestellte Privaturkunde, als eigene Behauptung ihres Verfassers, von dem Producten ausdrücklich oder stillschweigend genehmiget worden ist. Dieß kann geschehen entweder dadurch, daß er diese Urkunde, welche ihm der Verfasser einhändigte, als Beweis über sein Rechtsverhältniß zum Aussteller, ohne Wider-

87) *L.* 6. *Cod. de probat.*

88) Gothofredus meint, es sey hier Statt sibi deberi, vielmehr *se debere* zu lesen, weil sonst zwischen diesem Gesetz und der folgenden Auth. *Quod obtinet.* Cod. eodem kein Zusammenhang sey. Allein mit Recht hat schon Spangenberg in der von ihm veranstalteten Ausgabe des Corp. iur. Not. 17. ad h. L. Tom. II. pag. 218. diese Emendation verworfen. Daß auch ohne Aenderung der Leseart, vollkommene Harmonie des Ganzen Statt finde, auch nicht nöthig sey, die Auth. *Quod obtinet* mit Contius in einen andern Titel zu verweisen, und zwar hinter die *L.* 10. *Cod. Communia utriusq. iud.* hat Günther Heinr. von Berg in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 4ter Theil Nr. XXIII. S. 257. f. gezeigt.

89) *Nov. XLVIII. Cap.* 1. §. 1.

spruch annahm [90]). Denn dadurch wird sie eine gemeinschaftliche Urkunde, welche dann ganz, auch mit den Puncten, welche dem Aussteller günstig sind, im Beweise berücksichtiget werden muß, und als gemeinschaftliche Urkunde auch für den Aussteller beweiset [91]). Man denke sich hier den Fall, daß der Gläubiger eine Quittung mit Bemerkung eines Rests der Schuld ausgestellt, und diese der Schuldner angenommen, oder daß der Schuldner, mit welchem sein Gläubiger öftere Darlehns-Contracte abgeschlossen, in einem neuern Schuldscheine, welche der Darleiher angenommen hat, ausdrücklich ein älteres Anlehn als zurückbezahlt bemerkt habe.

2) Wenn der Gegner, wider welchen die Urkunde gebraucht wird, sich selbst in der vorliegenden Streitsache, als Beweismittel wider den jetzigen Producenten, darauf berufen hat. Hier muß er sie auch für deren Verfasser in den für ihn vortheilhaften Puncten gelten lassen [92]). Eine vorzügliche wichtige Ausnahme machen

3) die Handelsbücher der Kaufleute, sofern sie gehörig eingerichtet und dazu geeigenschaftet sind [93]).

90) S. Gensler von der Beweiskraft einer Privaturkunde gegen einen Dritten. §. 1. im Archiv für die civilist. Praxis 2. Band S. 3. A. und Not. 5.

91) S. von Gönner Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. 2. B. 2. Abth. 2. B. 6. Kap. §. 11. S 445 f.

92) *L. 24. et 25. D. de constit. pecun. L. 17. Cod. de testib. Nov. XLIX. Cap. 2.* §. 1. S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 3. Th. §. 1176. Gensler a. a. O.

93) Man vergleiche *Jo.* MARQUARD de iure mercator. Lib. III. cap. 9. et 10. *A.* C. ROESNER de mercatorum

hus [87]), wenn sie an einen gewissen Romulus folgendermassen rescribiren: *Rationes defuncti*, quae in bonis eius inveniuntur, ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse, saepe rescriptum est. Eiusdem iuris est, et si *in ultima voluntate* defunctus certam pecuniae quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi [88]) significaverit. Die Erben des Verfassers müssen sich zwar freylich die Angabe ihres Erblassers gefallen lassen, besonders wenn sie beschworen ist, allein einen Dritten verpflichtet sie nicht [89]). Es giebt indessen Ausnahmen. Dahin gehört

1) wenn die einseitig ausgestellte Privaturkunde, als eigene Behauptung ihres Verfassers, von dem Producten ausdrücklich oder stillschweigend genehmiget worden ist. Dieß kann geschehen entweder dadurch, daß er diese Urkunde, welche ihm der Verfasser einhändigte, als Beweis über sein Rechtsverhältniß zum Aussteller, ohne Wider-

87) *L. 6. Cod. de probat.*

88) Gothofredus meint, es sey hier Statt sibi deberi, vielmehr *se debere* zu lesen, weil sonst zwischen diesem Gesetz und der folgenden Auth. *Quod obtinet*. Cod. eodem kein Zusammenhang sey. Allein mit Recht hat schon Spangenberg in der von ihm veranstalteten Ausgabe des Corp. iur. Not. 17. ad h. L. Tom. II. pag. 218. diese Emendation verworfen. Daß auch ohne Aenderung der Leseart, vollkommene Harmonie des Ganzen Statt finde, auch nicht nöthig sey, die Auth. *Quod obtinet* mit Contius in einen andern Titel zu verweisen, und zwar hinter die *L. 10. Cod. Communia utriusq. iud.* hat Günther Heinr. von Berg in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 4ter Theil Nr. XXIII. S. 257. f. gezeigt.

89) *Nov. XLVIII. Cap. 1. §. 1.*

spruch annahm [90]). Denn dadurch wird sie eine gemeinschaftliche Urkunde, welche dann ganz, auch mit den Puncten, welche dem Aussteller günstig sind, im Beweise berücksichtiget werden muß, und als gemeinschaftliche Urkunde auch für den Aussteller beweiset [91]). Man denke sich hier den Fall, daß der Gläubiger eine Quittung mit Bemerkung eines Rests der Schuld ausgestellt, und diese der Schuldner angenommen, oder daß der Schuldner, mit welchem sein Gläubiger öftere Darlehns-Contracte abgeschlossen, in einem neuern Schuldscheine, welche der Darleiher angenommen hat, ausdrücklich ein älteres Anlehn als zurückbezahlt bemerkt habe.

2) Wenn der Gegner, wider welchen die Urkunde gebraucht wird, sich selbst in der vorliegenden Streitsache, als Beweismittel wider den jetzigen Producenten, darauf berufen hat. Hier muß er sie auch für deren Verfasser in den für ihn vortheilhaften Puncten gelten lassen [92]). Eine vorzügliche wichtige Ausnahme machen

3) die Handelsbücher der Kaufleute, sofern sie gehörig eingerichtet und dazu geeigenschaftet sind [93]).

90) S. Gensler von der Beweiskraft einer Privaturkunde gegen einen Dritten. §. 1. im Archiv für die civilist. Praxis 2. Band S. 3. A. und Not. 5.

91) S. von Gönner Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. 2. B. 2. Abth. 2. B. 6. Kap. §. 11. S 445 f.

92) *L. 24. et 25. D. de constit. pecun. L. 17. Cod. de testib. Nov. XLIX. Cap. 2. §. 1.* S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 3. Th. §. 1176. Gensler a. a. O.

93) Man vergleiche *Jo.* Marquard de iure mercator. Lib. III. cap. 9. et 10. *A.* C. Roßner de mercatorum

Solche Handelsbücher haben das Vorrecht, daß sie für den Producenten einen halben rechtlichen Beweis der darin verzeichneten Waarenschulden bewirken, mithin der Produ-

libris. *Lipsiae* 1690. *Jo.* KLEIN Diss. de probatione, quae fit per libros mercatorum. *Rostochii* 1698. *Henr.* BODINUS D. de libris mercatorum suspectis. *Halae* 1707. *Ge.* LANGERMANN Diss. de probatione per libros mercatoris mortui. *Groeningae* 1727. *Car. Aug.* BREHM Diss. Capita quaedam de probatione ex libro mercatoris continens, praes. *Henr. God.* BAUERO def. *Lipsiae* 1784. *Jo. Lud. Christ.* MEISTER Diss. de fide librorum mercatorum. *Goett.* 1789. *Joach. Nic.* SCHAFFSHAUSEN Diss. de probatione per libros mercatorum. *Goett.* 1795. Fried. Karl Christ. Link kleine jurist. Schriften. 1. Vers. Nr. 3. S. 34. ff. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. B. XXVI. Erört. Joh. Burkh. Geiger's und Christ. Fried. Glück's merkwürd. Rechtsfälle und Abhandlungen. 1. Band Nr. IV. S. 64. ff. Ernst Ferd. Klein von der eidlichen Bestärkung der Handelsbücher, in Desselben vermischten Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. 2. St. Nr. 1. Carl Ge. von Zangen: welchen Glauben verdienen die Handelsbücher eines Fallit gewordenen Kaufmanns? in Desselben Sammlung einiger practischer Rechtserörterungen. Medit. 5. S. 73. folgg. Carl Günth. Ludovici encyclopäd. Kaufmannslexicon, umgearbeitet von Joh. Christ. Schedel. 3. Th. Art. Handelsbücher. S. 763 — 774. Joh. Ge. Büsch Darstellung der Handlung in ihren mannichfaltigen Geschäften, mit Einschaltungen und Nachträgen von G. P. H. Normann. 1. B. 4. Buch. 6. Kap. S. 406. ff. besonders S. 419. ff. Theod. Schmalz neue Sammlung merk-

cent, oder seine Erben zum Ergänzungseide zuzulassen sind; ja zuweilen auch ohne den Ergänzungseid einen vollständigen Beweis geben. Dieser Vorzug der Handelsbücher ist in dem Röm. Recht nicht gegründet, in welchem ihn einige [94]) zu finden gemeint haben. Zwar hatten die Bücher der Argentarien vollkommene Beweiskraft; allein ihr Geschäft war ein öffentliches, und ihre Bücher waren zur Würde öffentlicher Urkunden erhoben [95]). Dieses Institut hat also auf die Bildung des heutigen Vorzugs der Handelsbücher durchaus keinen Einfluß. Eben so wenig läßt sich der Ursprung dieses Vorzugs von den Campsoren des Mittelalters ableiten [96]). Denn auch diese wurden als öffentliche, vom Staate angestellte, Beamte betrachtet. Sie musten schwören, die Gesetze zu beobachten, und ihre Bücher ordentlich zu führen, und diese hatten daher volle Beweiskraft, ja die Kraft öffentlicher Urkunden [97]). Der Ursprung dieses Vorzugs ist vielmehr richtiger einem teutschen Gewohnheitsrechte zuzuschreiben [98]), welches durch Noth-

würdiger Rechtsfälle. 2. Band Nr. XVI. S. 109—117. J. C. L. Ebeling Ueber die Beweiskraft der Handelsbücher. Hamburg 1815. 8. u. J. W. G. Lindner über die Beweiskraft der Handelsbücher, insonderheit über den Beweis der Hauptbücher eines Lotteriehauptcollecteurs. Helmstädt 1818.

94) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCLXXIX. medit. 1.

95) S. den 12. Th. dieses Commentars. §. 796. S. 125. ff.

96) Ebeling in der angef. Schrift. Kap. 1. S. 11—15.

97) S. von Martens Versuch einer histor. Entwickelung des wahren Ursprungs des Wechselrechts. §. 4—§. 8.

98) *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ad *Christianaei* Decision. Vol. III. Obs. 12. von Zangen

wendigkeit herbeygeführt, und durch die Landesgesetze und Statuten zum Theil erweitert, zum Theil beschränkt worden ist [99]). Der Grund dieser Beweiskraft beruhet in der Natur des Handels, und in der Art, wie er jener Natur gemäß betrieben werden muß. Denn bey dem Handel ist es nach der Menge und Ausbreitung der damit verbundenen Geschäfte nicht möglich, über jedes einzelne Geschäft Empfangscheine auszustellen, und förmliche Contractsurkunden und Schuldverschreibungen zu errichten. Wie viele Geschäfte werden nicht unter Abwesenden durch Briefe und Handels-Correspondenz gemacht? Ist nun der Kaufmann

Samml. einiger pract. Rechtserörterungen. Meditat. 6. S. 87. f. Daß das Privilegium der Handelsbücher aus dem Talmud herzuleiten sey, war mehr ein sinnreicher Einfall Hommel's in Litteratura iuris pag. 39. edit. sec. als in der Wahrheit gegründet, und ist in Just. Fried. Runde's Beyträgen zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände 1. B. Nr. XV. zur Genüge abgefertiget worden.

99) So z. B. legen einige Landesgesetze und Statuten den Handelsbüchern volle Beweiskraft ohne alle Einschränkung, andere aber nur in den Fällen bey, wo sie wider einen Kaufmann gebraucht werden. Andere Particular-Gesetze schränken dagegen die Beweiskraft derselben bald auf eine bestimmte Summe, bald auf eine bestimmte Zeit ein, ja es giebt Landesgesetze, welche den Handelsbüchern wider solche, die keine Kaufleute sind, alle Beweiskraft, alle Glaubwürdigkeit versagen. S. Carl Gottl. Knorrens rechtliche Anmerkungen Nr. 2. Ebeling über die Beweiskraft der Handelsbücher §. 46. 47. u. 48. und von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Erört. XXVI.

nach der Natur des Handels und gemeinen Verkehrs genöthiget, den Käufern, ohne weitere Verschreibung, ja ohne alle Sicherheit, auf ihr Wort zu trauen, und ihnen die Waare in Hoffnung künftiger Zahlung zu überliefern, so erfordert es auch die Billigkeit, dem Handelsbuche des Kaufmanns, wenn er dasselbe beschwört, Glauben beyzumessen. Es läßt sich dieses auch noch aus einem andern Grunde rechtfertigen. Höchste Pünctlichkeit und strengste Ordnung ist die Seele des Handels, und hierzu wird eine genaue und getreue Aufzeichnung alles dessen erfordert, was in Handelsgeschäften geschieht. Handelsbücher und Handelsbriefe sind demnach die eigentlichen Beweismittel über Handelsgeschäfte, und so wie die Handelsbriefe sich auf einander beziehen, wie sie sich selbst durch die wechselsweise Correspondenz controlliren, wie sie in ihrem Zusammenhange gemeinschaftliche Urkunden sind; eben so gilt dieses auch von den Handelsbüchern, weil jeder Kaufmann alles, was seinen Handel angeht, es gereiche ihm oder den Käufern zum Vortheil, aufzeichnen, und die empfangenen Waaren, wie die versendeten, die erhaltenen Zahlungen, wie die geleisteten in seine Bücher eintragen muß. Sind also Handelsbücher nach der Natur des Handels gemeinschaftliche Urkunden, so müssen sie auch für und wider den Verfasser, so wie für und wider den Käufer beweisen. Denn die ganze kaufmännische Ehre und Gewissen hängt an der Wahrheit und Genauigkeit der Handelsbücher [100].

100) Runde Grundsätze des teutschen Privatrechts § 459. Ebeling angef. Abhandl. 2. Kap. S. 16—18. besonders von Gönner Motive zu dem Entw. eines Gesetzb. über das gerichtl. Verf. 2. B. 2. Abth. S. 449—467.

Ob durch die Handelsbücher auch die Schuld selbst, oder nur die Größe derselben bewiesen werden könne, ist zwar unter den Rechtsgelehrten streitig. Struben [1]) und Leyser [2]), denen auch Hellfeld beystimmt, wollen nämlich die Beweiskraft der Handelsbücher nur auf das letztere beschränken, die Schuld an sich müsse also auf andere Art schon erwiesen seyn, dann könne, wenn blos über die Größe derselben gestritten wird, der Producent zur eidlichen Bestärkung seines Handelsbuches gelassen werden. Allein da schon nach gemeinem Rechte die Größe einer an sich unbestrittenen Forderung durch den Eid bestärkt werden kann [3]); so wird hierdurch das Privilegium der Handelsbücher geradezu vernichtet. Ueberdem widerspricht dieser Meinung offenbar der gemeine Gerichtsgebrauch. Wo also nicht ein besonderes Landesgesetz [4]), oder der besondere Gerichtsgebrauch eines Landes eine solche Einschränkung mit sich bringt [5]); da kann aus einem ordentlich geführten Handelsbuche nicht bloß die Quantität, sondern

1) Rechtliche Bedenken 5ter Theil. Bed. 104.

2) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXIX. medit. 1. et 2. Dieser Meinung ist auch *Guil.* Blanchard in Disp. de probatione per libros mercatorum. *Coloniae* 1786. beygetreten.

3) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 818.

4) So z. B. kann nach dem allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 8. Tit. §. 572. gegen Nichtkaufleute das Handelsbuch nur dann zum Beweis gebraucht werden, wenn bereits das Daseyn der Schuld erwiesen ist.

5) Ein Beyspiel davon findet sich in Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 3. B. Nr. XXVI. S. 177.

auch die Schuld selbst erwiesen werden [6]). Es erhellet dieses auch schon daraus, weil der Beweis der Eigenschaft eines Dinges zugleich auch den Beweis der Existenz desselben in sich enthält. Kann nun durch das Handelsbuch die Größe der Schuld halb bewiesen, und dieser Beweis durch den Ergänzungseid vervollständiget werden, so muß man auch zugeben, daß mit dieser Größe die Existenz der Schuld selbst bewiesen werde. Ueberall wird aber freylich vorausgesetzt, daß der Producent in einem guten und unbescholtenen Rufe stehen müsse [7]). Denn der Kaufmann hat für sein Handelsbuch nur darum Glauben, weil nach der unentbehrlichen Pünctlichkeit und Ordnung sein Gewissen sich ganz in seinen Handelsbüchern aussprechen muß. Ist nun der Kaufmann schon früherhin eines Betrugs in Handelsgeschäften überwiesen, oder hat er durch muthwil-

6) Malblanc doctr. de iureiurando. §. 75. pag. 215. edit. nov. emendat. *Tübing.* 1820. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Nr. XXX. not. h. S. 120. Klein vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. 2. St. Nr. I. Müller Observat. practic. ad *Leyserum*. Tom. III. Fasc. I. Obs. 481. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4460. von Zangen Samml. einiger pract. Rechtserörterungen. Meditat. VI. Westphal's Rechtsgutachten. 1. Th. S. 120. §. 8. Ebeling über die Beweiskraft der Handelsbücher §. 42. Schmalz Lehrbuch des teutschen Privatrechts §. 420. stimmen alle hierin mit mir überein.

7) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 50. Klein Diss. de probatione, quae fit per libros mercatorum. Cap. 2. nr. 5. sqq.

liges Falliren 8) seinen ehrlichen Namen verscherzt; so würde es mit dem Grunde des Privilegiums im Widerspruche stehen, wenn man den Handelsbüchern eines solchen Bankerottirers Glauben beymessen wollte 9). Durch die Handelsbücher können ferner auch nur kaufmännische

8) Hat ein Kaufmann ohne sein Verschulden fallirt, so kann dieser Umstand die Beweiskraft seines Handelsbuchs nicht mindern. Westphal's Rechtsgutachten a. a. O. §. 10. Ebeling in der angef. Schrift. §. 31. Ist ein Kaufmann zwar an seinem Fallimente Schuld, es fällt ihm aber doch keine betrügerische Absicht zur Last, so kann seinen Handelsbüchern zwar nicht aller Glaube abgesprochen werden, sie sind aber doch zu einem halben Beweise und zum Erfüllungseide nicht mehr hinlänglich, sondern können nur allenfalls den Reinigungseid veranlassen. R. Policey-Ordn. vom J. 1577. Tit. 23. §. 3. S. SCHAFFSHAUSEN Diss. de probat. per libros mercator. §. 18. und von Zangen angef. Samml. 5. Meditat. S. 77.

9) S. *Jo. Gottl.* HEINECCIUS in Diss. de mercatorum, qui foro cesserunt, rationibus et codicibus, §. 20. et 21. (in *Opusculor. variar. Syll.* Exercitat. XIV. pag. 550. sqq.) Man will zwar in dem Falle eine Ausnahme machen, wenn Jemand wissentlich mit einem Bankerottirer contrahirt hätte, weil er hierdurch sich der ihm zustehenden Einrede begeben zu haben scheine. KLEIN Diss. de probatione, quae fit per libros mercatorum. Cap. II. nr. 17—21. Allein kann sich gleich ein solcher Contrahent, der sich mit einem Betrüger wissentlich einläßt, nicht beklagen, wenn er das Seinige verliert, so folgt doch daraus noch nicht, daß er auch desselben Zeugniß, als Beweis gegen sich, müßte gelten lassen, wie BAUER in Diss. de probatione ex libro mercatoris. Cap. 6. sehr richtig erinnert hat.

Geschäfte, die nach der Eigenschaft des Handels auf Credit eingegangen zu werden pflegen, bewiesen werden. Enthalten sie andere Gegenstände, so können sie zwar zum Beweis gegen ihn dienen, z. B. wenn ein Kaufmann das eingebrachte Heyrathsgut seiner Frau in sein Handelsbuch eingetragen hätte, aber für ihn beweisen sie nicht [10]. Daher können Anlehne, Bürgschaften, gegebene Mandate, und andere dergleichen Geschäfte mehr, wenn sie auch in Beziehung auf den Handelsverkehr wären eingegangen worden, und mit demselben in Verbindung stünden, durch die Handelsbücher nicht bewiesen werden [11]). Die Bücher müssen überdem in kaufmännischer Form mit aller erforderlichen Genauigkeit geführt seyn. Im Allgemeinen müssen sie Ausgabe und Einnahme enthalten, dabey aber müssen sie so geführt seyn, daß sie die Schuld selbst nebst deren Entstehungsgrunde, den Schuldner, und die Zeit nach Jahr und Tag bestimmt angeben, auch müssen sie in der übli-

10) *Udalr.* Zasius in Commentar. ad Tit. Dig. de edendo ad L. 4. §. Rationem. nr. 4. (*Operum* Tom. I. p. 565. *Lugd.* 1550. f.) Sicut olim argentarii, ita hodie mercatoris libris non crederetur, *si inscriberent aliquid, quod non spectaret ad eorum officium*, stante consuetudine vel statuto, quod eorum libris fides adhiberetur. Man sehe auch Westphal's Rechtsgutachten 1. B. S. 120. §. 8. u. 9.

11) Andere Meinung sind zwar Klein cit. Diss. Cap. II. nr. 68. et 69. und Langermann Diss. de probatione per libros mercatoris mortui. Cap. III. Sect. I. §. 3. Allein man sehe Ebeling über d. Beweiskr. d. Handelsbücher §. 40. und Schaffshausen Diss. de probat. per libros mercatorum. §. 10.

chen Landessprache geschrieben seyn [12]). Gewöhnlich unterscheidet man bey den Kaufleuten dreyerley Arten von Büchern.

1) Das Memorial, welches auch Kladde, oder nach dem Italienischen Strazze genennt wird, in welches alle Geschäfte, wie sie täglich in der Handlung vorkommen, von dem Kaufmann, oder auch einer jeden andern bey der Handlung angestellten Person, die das Geschäft hat ausrichten helfen, zwar in der Kürze, aber doch mit aller Genauigkeit eingeschrieben werden.

2) Das Journal oder Tagebuch, welches aus dem Memorial gebildet wird, und worin die in dem letztern nur flüchtig eingeschriebenen Posten ausführlich und genau geordnet, unter die Rubriken von gewissen Konti, jedoch gleichfalls nach der Zeitordnung, übertragen werden.

3) Das Hauptbuch oder Capitalbuch, in welches alles Doppelt unter die Rubrik der Personen und der Sachen eingetragen wird, so daß hier auch letztere ihre besondern Contos erhalten [13]).

Die beyden letztern sind nun vorzüglich diejenigen Handelsbücher, welche in vorkommenden Streitfällen zum

12) Büsch Darstellung der Handlung rc. 1. B. 4. Buch 6. Kap. §. 12. S. 419. und Ebeling angef. Schrift 3. Kap. S. 19. ff. Den in einem Lande aufgenommenen französischen und italienischen Kaufleuten ist es jedoch gestattet, ihre Bücher auch in ihrer Muttersprache zu führen. S. SCHNEIDER's Lehre vom rechtlichen Beweise §. 248.

13) Ludovici Kaufmanns-Lexicon, umgearb. von Schedel 3ter Th. S. 765. Büsch a. a. O. §. 11. u. 12. und Ebeling a. a. O. §. 19.

Beweis gebraucht werden. Statt des erstern, nämlich des Memorials, können besonders beym italienischen Buchhalten noch manche andere Nebenbücher vorkommen, nämlich das Einkaufsbuch, das Verkaufsbuch, das Bancobuch, das Cassebuch, das Facturbuch, u. dgl. m. Da in diesen Büchern nur alles kurz und ohne Ordnung notirt ist, so können sie in der Regel nicht zum Beweise dienen. Nur das Journal ist es, dem die Beweiskraft eigentlich beyzulegen ist. Denn das Hauptbuch ist nur eine Abschrift des Journals, ein Transsumt aus demselben. Das Journal ist also in der That das Hauptbuch, worin nach den Personen, mit welchen der Kaufmann im Handelsverkehr steht, und zwar bey jeder besonders, ihr Debet und Credit nach der Ordnung der Geschäfte einander gegenüber gesetzt ist, um bey jedem Handelsfreunde mit leichter Uebersicht sogleich die Bilance ziehen zu können. Diesem tritt noch insonderheit die Betrachtung bey, daß die Eintragung in das Journal wegen Andrangs der Geschäfte Tag für Tag geschehen muß. Hier läßt der Drang, womit diese Eintragung täglich auf der Stelle geschehen muß, zu künstlichen Drehungen und Betrügereyen keine Zeit übrig. Ganz anders verhält sich's mit dem so genannten Hauptbuche, in welches oft erst mehrere Monate später eingetragen wird. Dieses kann daher nur in so weit zum Beweise dienen, als es mit dem Journale übereinstimmt [14]). Wo nun aber freylich eine Handlung kein Journal hält, sondern, wie es bey dem einfachen oder deutschen Buchhalten der Fall ist, alles aus

14) S. von Gönner Motive zu dem Entwurfe eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren 2. B. 2. Abth. S. 456. ff.

der Kladde sogleich in das Hauptbuch übertragen wird, da beruht denn natürlich die Beweiskraft vorzüglich auf dem Hauptbuche [15]. Es hat indessen keinen Zweifel, daß zur Vermehrung der Glaubwürdigkeit auch die Vorlegung des Memorials, so wie der übrigen Nebenbücher, verlangt werden kann, um durch die Uebereinstimmung derselben mit dem Hauptbuche die Richtigkeit des letztern noch sicherer zu begründen. Ja es können die Nebenbücher bey solchen Puncten, worüber sich in den Hauptbüchern nichts aufgezeichnet findet, selbst zum Beweise dienen [16]. Es versteht sich übrigens, daß auch die äussere und innere Beschaffenheit der Handelsbücher in aller Hinsicht unverdächtig seyn müsse. Man erfordert daher mit Recht, daß sie gebunden und foliirt sind, auch nichts darin ausgestrichen oder radirt sey [17]. Es darf ferner darin auf keiner Seite ein leerer Raum gelassen, kein Blatt eingelegt, auch nichts am Rande beygeschrieben seyn. Daß jedoch die Bücher von dem Kaufmann selbst geschrieben seyn müssen, ist nicht erforderlich, es kann auch von einer andern zur Führung derselben angestellten Person, von einem diesem Geschäft vorgesetzten Buchhalter geschehen seyn [18]. Ja nach dem Gerichtsgebrauche hat es sogar keinen Zweifel, daß auch den von Weibspersonen geführten Handelsbüchern, ohne Unterschied, sie mögen wirkliche Kauf- und Handelsfrauen, oder auch nur Buchhalterinnen seyn, die

15) Ebeling angef. Schrift §. 22.

16) Schaffshausen Diss. cit. §. 6.

17) Schaffshausen cit. Diss. §. 7. und Ebeling a. a. O. §. 27.

18) *Fratr.* Becmannorum Consilia et Decision. P. I. Decis. XX. n. 15. pag. 286. Ebeling a. a. O. §. 25.

Beweiskraft nicht abzusprechen sey [19]. Daher fand die hiesige Juristenfacultät kein Bedenken, zur Bestärkung eines Handelsbuchs, welches von einem Kaufmann und desselben majorennen Tochter, die er von ihrer frühesten Jugend an in der Handlung unterrichtet hatte, und welche in seinem Comtoir die Stelle eines Factors vertrat, gemeinschaftlich war geführt worden, in Ansehung derjenigen Posten, welche die Tochter während der Abwesenheit ihres Vaters in das Buch eingetragen hatte, dieselbe zum Erfüllungseide zuzulassen [20].

Unter diesen Umständen wirken nun also Handelsbücher, vorausgesetzt, daß das Daseyn eines Handelsverkehrs unter den streitenden Theilen ausser Zweifel sey, oder gesetzt seyn muß, für den Producenten nicht nur in Ansehung der Umstände und Bedingungen des geschlossenen Handels, sondern auch der Schuld selbst, in der Regel einen halben Beweis sowohl gegen Kaufleute, als auch gegen andere Kunden, welcher dann durch den Ergänzungseid des Kaufmanns oder auch zuweilen seiner Erben den Grad eines vollen Beweises erhält [21]. In den einzelnen Landesgesetzen und Statuten herrschen zwar freylich in Ansehung des Grades der Beweiskraft große Verschiedenheiten [22]. Der Gerichtsgebrauch befolgt indessen jene Regel, womit auch mehrere particuläre Gesetze übereinstimmen,

19) Barth Hodegeta for. Cap. II. §. 7. lit. c. pag. 490. Bauer Diss. de probat. ex libro mercator. Cap. 7.

20) S. Geiger's u. Glück's merkw. Rechtsfälle und Abhandlungen. 1. Band Nr. IV.

21) Ge. Fr. von Martens Grundriß des Handelsrechts. §. 41. Runde Grds. des deutschen Privatr. §. 458.

22) Ebeling angef. Schrift. §. 47. u. 48.

in so weit, als nicht Gesetze, oder das Herkommen eine Abweichung mit sich bringen [23]). Eine volle Beweiskraft kann ihnen nur dann beygelegt werden, wenn besondere Gesetze dieses verordnen; überflüßig ist aber auch da der Ergänzungseid, wo die unvollständige Beweiskraft des Handelsbuchs durch andere Beweismittel, z. B. durch Zeugen, ergänzt werden kann [24]). Unrichtig und grundlos ist dagegen die Behauptung [25]), daß den Büchern eines verstorbenen Kaufmanns ein vollkommener Glaube darum beyzumessen sey, weil der Tod die Stelle des Eides vertrete [26]). Den Gesetzen ist diese Meinung offenbar entgegen [27]). Wie könnte auch die religiöse Gewissenhaftigkeit eines Sterbenden den Mangel eines nothwendigen Eides ergänzen [28])? Ein Anders wäre, wenn die Statuten eines

23) *Io.* KLEIN Diss. de probat. quae fit per libros mercatorum. Cap. III. nr. 66. et 67. et Cap. IV. nr. 10.

24) Auch schon durch einen glaubwürdigen Zeugen kann diese Ergänzung geschehen. KLEIN Diss. cit. Cap. IV. nr. 121.

25) *Sam.* STRYK Diss. de morte loco iurisiurandi. *Halae* 1703. Cap. II. §. 6. MEVIUS P. V. Decis. 46. SCHAFFSHAUSEN Diss. de probat. per libros mercatorum. §. 26. nr. 4.

26) *Ge.* LANGERMANN Diss. de probatione per libros mercatoris mortui. *Groeningae* 1727. Cap. IV. und *Henr.* LAMBERTS Mors non probans, sive Disquisitio et Decisio quaestionis, utrum libri rationum mercatorum post eorum mortem plene probent? *Teutoburgi ad Rhen.* 1723.

27) *L.* 6. *Cod. de probat.*

28) *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. I. Observat. 56. Ebeling Beweiskr. der Handelsbücher §. 56. S. 73. f.

Orts den Büchern eines verstorbenen Kaufmanns vollkommenen Glauben beygelegt hätten [29]. Ausserdem wäre es noch erst die Frage, ob nur einmal die Erben des verstorbenen Kaufmanns zum Ergänzungseide zuzulassen seyen? Zwar würde es keine Schwierigkeit haben, sie zuzulassen, wenn sie die Wahrheit beschwören könnten. Aber kann auch ein Ergänzungseid de credulitate geschworen werden? Leyser [30] stellt freylich den Grundsatz auf, Judex jusjurandum suppletorium *de credulitate* in omnibus negotiis decernere potest. Diesem gemäß tragen denn auch mehrere Rechtsgelehrten [31] kein Bedenken, diesen Eid auch bey den Erben eines verstorbenen Kaufmanns zuzulassen. Mit welchem Rechte aber? ist eine andere Frage. Man bedenke, daß der Erbe, wenn ihm nicht ein ganz besonderes Wissen des Gegentheils beywohnt, stets mit dem besten Gewissen schwören kann, er glaube, daß die in das Handelsbuch von seinem Erblasser eingetragene Schuld ihre Richtigkeit habe, weil er keine Ursache hat, das Buch für unrichtig zu halten; wie kann durch einen solchen Glaubenseid der geführte Beweis für ergänzt gehalten werden? Der Glaubenseid setzt schlechterdings factische Gründe voraus, welche bey dem Schwörenden den

29) Ein Beyspiel geben die Hamburgischen Statuten. P. I. Tit. 30. Art. 7. Ebeling a. a. O. §. 57.

30) Meditat. ad Pandect. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 5.

31) Schaffshausen cit. Diss. §. 25. pag. 32. Schneider's Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 254. Langermann cit. Diss. Cap. IV. unter den ältern Roesner de mercatorum libris. Cap. XI. nr. 208. sqq. u. Textor de fide libri mercatoris mortui Th. 15. et 21. in *Collect. Dissertat.* pag. 154.

Glauben über die Existenz des zu beweisenden Thatumstandes bewirkt haben; diese muß er dem Richter angeben, um auch bey ihm Ueberzeugung von der Wahrheit der streitigen Thatsache zu bewirken. Stützt sich der Glaube nicht auf solche Gründe, so erscheint er nicht als Glaube, sondern als ein bloßes Meinen, welches zu einer juristischen Gewißheit auf keinen Fall führen kann. Nun ist es bey dem Erfüllungseide eine conditio sine qua non, daß der Gegenstand desselben wenigstens schon halb bewiesen seyn müsse. Die eidliche Erhärtung des Beweissatzes muß also schlechterdings direct geschehen, und kann nicht auf andere Thatsachen gerichtet seyn, über welche noch gar kein Beweis geführt ist, und welche bewiesen, das thema probandum nur indirect beweisen würden. Es kann mithin ein Erfüllungseid de credulitate durchaus nicht Statt finden, weil er zur Ausmittelung der Wahrheit schlechterdings nichts beyträgt [32]). Dennoch wird in der Praxis häufig nach Leysers Meinung gesprochen [33]); und es fehlt auch nicht an Landesgesetzen [34]), welche die eidliche Bestärkung der Bücher eines Kaufmanns durch die Erben zulassen. Der Erfüllungseid muß nun in der Regel von dem Kaufmann selbst geschworen werden, auch wenn er die

32) Ebeling in der angef. Schrift §. 55. und besonders Theod. Waldeck Versuch einer Berichtigung der Theorie des Glaubenseides. Pyrmont 1812. Kap. 9. S. 73—83.

33) Carpzov Respons. iur. Lib. VI. Resp. 121. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 51. v. Kreittmayr Anmerkungen über den Codex iuris Bavar. iudiciar. Cap. XI. §. 3. S. 353.

34) S. das allgem. Preuß. Landrecht. Th. 2. Tit. 8. §. 582.

Führung seines Handelsbuchs einem Buchhalter anvertraut hätte [35]. Nur alsdann, wenn der Kaufmann die Führung der ganzen Handlung einem Factor übertragen hat, ist von diesem letztern der Eid abzulegen [36]. Eben dieses gilt in dem Falle, wenn der Handlungseigenthümer abwesend war, und er während seiner Abwesenheit die Führung der Handlungsgeschäfte einem Comptoirbedienten übertragen hatte; dieser ist alsdann als Factor zu betrachten, und hat daher den Eid von Gewißheit abzuleisten [37].

Daß auch den Handelsbüchern der Juden, wenn sie als Schutz- und Handelsjuden den Schutz des Staats genießen, und sonst die Erfordernisse der Handelsbücher haben, eben die Beweiskraft zukomme, als den Büchern christlicher Kaufleute, hat an sich keinen Zweifel [38]. Sie dürfen nur nicht in jüdischer, sondern müssen in teutscher Sprache geführt seyn [39]. Streitiger aber ist es, ob sie auch gegen einen Christen die Kraft eines halben Beweises haben, so daß der Producent zur eidlichen Bestärkung der-

35) Schneider vom rechtl. Beweise. §. 253. und Ebeling. §. 51.

36) Westphal's teutsches Privatrecht. 1. Th. Abh. 12. §. 3. Schneider a. a. O.

37) Schneider a. a. O. §. 255. und Geiger's und Glück's Rechtsfälle u. Abhandlungen 1. B. Nr. 4. §. 7.

38) Jo. Jod. Bek Tractat vom Recht der Juden. Kap. XVI. §. 15 S. 451. *Jo. Ulr. de* Cramer Observation. iuris univ. Tom. II. P. I. Ob. 507. Runde Grundſ. des deutsch. Privatrechts. §. 643.

39) S. Schreiber Diss. de invaliditate librorum mercatoriorum, in lingua iudaica conscriptorum. *Marburgi* 1766.

selben gelassen werden kann? Einige [40]) sprechen ihnen alle Glaubwürdigkeit ab, weil sie gegen einen Christen für unverdächtig nicht gehalten werden könnten, und überhaupt kein Jude wider einen Christen ein gültiger Zeuge sey [41]). Andere [42]) hingegen legen ihnen wenigstens so viel Beweiskraft bey, daß der Gegner sich mittelst Eides reinigen müsse. Solle der jüdische Producent zum Erfüllungseide zu lassen seyn, so müßten noch andere Gründe hinzutreten, welche mehr als einen halben Beweis bewirken. Allein den Vorzug verdient unstreitig die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [43]), welche es für Unrecht halten, die jüdischen Kaufleute unter den oben angegebenen Bedingungen von dem Vorzuge der Handelsbücher in dem Falle auszu-

40) Roesner de libris mercatorum. Cap. XV. nr. 79. de Cocceji Consil. Tom. II. Cons. 287. Joh. Heinr. Christ. v. Selchow, neue Rechtsfälle. 3. B. N. XIII.

41) *L. 21. Cod. de haeret.*

42) Wernher select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 193. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 110. Struben rechtliche Bedenken. 3. B. Bed. 136. *Jo. Sig.* Thiel Princip. iurisprud. iudaicae. §. 183. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4460.

43) Cramer c. l. Heisler's Abhandl. Ob die Zulassung eines Judeneides wider einen Christen bedenklich sey? (in Desselben jurist. Abhandlungen 3. Th. Nr. III.) *Jo. Aug. Lud.* Mencken Diss. de *Judaeo* iurisiurandi suppletorii haud incapace. *Vitemberg.* 1782. Martens Grundriß des Handelsrechts §. 41. S. 46. Runde a. a. O. Danz Handbuch des deutsch. Privatrechts. 7. B. §. 643. S. 266. Schaffshausen cit. Diss. §. 16. Ebeling über die Beweiskraft der Handelsbücher §. 37. 38. 39. u. a. m.

schließen, da solche gegen Christen zum Beweise dienen sollen. Denn Christen sind ja in beständigem Handelsverkehre mit den Juden, und können oft ohne sie gar nicht bestehen. Die Schutz- und Handelsjuden haben auch durch den ihnen ertheilten Schutz die Rechte der Unterthanen im Staate erhalten, welche ohne Rücksicht auf einen besondern Stand und Religion allen Unterthanen im Staate zustehen. Dann treten auch die oben angeführten Gründe des Privilegiums bey den jüdischen Kaufleuten eben so gut, wie bey den christlichen, ein. Auf die Strenge der *L. 21. Cod. de haeret.* wird aber wohl in unsern Tagen kein vernünftiger Richter mehr Rücksicht nehmen. Er würde verrathen, se omnem eiurasse rationem, wie Böhmer [44]) sehr treffend sagt. Der Religionsglaube ist von der juristischen Glaubwürdigkeit ganz unabhängig; auf letztere kann jeder ohne Unterschied Anspruch machen, welcher sie nicht durch überwiesene Unredlichkeit verscherzt hat. Diversitas religionum non minuit fidem, sagt mit Recht Böhmer. Potest enim, qui christianus aut orthodoxus non est, seu non habet *fidem theologicam*, sincera mente esse praeditus, et ad minimum vir bonus censeri, ut *fides iuridica* ei denegari non debeat. Daher legen auch die neueren Gesetzgebungen [45]) den Handelsbüchern der Juden, welchen der Schutz im Staate, und die Rechte christlicher Kaufleute verliehen worden sind, eben die Beweiskraft bey, als den Büchern christlicher Kaufleute. Die Praxis hat auch schon längst nach dieser

44) Jur. Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 3. 1199.

45) S. das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 8. Tit. §. 585.

Meinung entschieden [46]), ob sie gleich darin wohl zu weit gieng, wenn sie keinen Anstand nahm, die Wittwe eines verstorbenen Handelsjuden zum Eide de credulitate auf ihres verstorbenen Mannes Händelsbücher wider einen christlichen Bankier zuzulassen [47]).

So wenig übrigens das Privilegium der Handelsbücher den Bankiers, den Spediteurs, den Mäcklern und Buchhändlern versagt werden kann; so sind doch nicht alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, ob auch den Büchern der Apotheker, der Fabrikanten, der Handwerker, der Bierbrauer und Gastwirthe, wenn sie ohne einen schriftlichen Aufsatz Credit geben, und ihre Contobücher auch in gehöriger Ordnung führen, ein gleicher Vorzug zu gestatten sey? Als Kaufleute können sie nun zwar freylich nicht betrachtet werden, für welche eigentlich nur diejenigen zu halten sind, welche den Umsatz von Waaren in unveränderter Gestalt des Gewinnstes wegen betreiben, oder auch mit den Hülfsgewerben des Handels sich beschäftigen; es streitet auch Ausdehnung eines Privilegiums gegen die Natur desselben. Daher sprechen ihnen auch mehrere Rechtsgelehrte [48]) dieses Privilegium ab. Dennoch tragen an-

46) Cramer c. l.

47) Einen solchen Fall findet man in Joh. Fried. von Tröltsch Anmerkungen und Abhandlungen in verschiedenen Theilen der Rechtsgelahrheit. Nördlingen 1775. 1. Th. S. 274. ff.

48) Cramer Observat. iur. univ. Tom. II. P. I. Obs. 472. *Mich. God.* Wernher Lectiss. commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 9. pag. 142. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. I. Obs. 482. Kulenkamp Recht der Handwerker §. 53. S. 189. v. Gön-

dere [49]), mit denen auch der Gerichtsgebrauch, und die meisten Gesetzgebungen übereinstimmen, kein Bedenken auch diesen das Privilegium einzuräumen, und eben so stimmen in Deutschland die meisten Gesetzgebungen in der Gleichstellung der Krämer mit den übrigen Kaufleuten in Ansehung ihrer Handelsbücher überein [50]).

Ob sich ein Kaufmann auch gegen seinen Compagnon in Handelssachen auf sein Handelsbuch berufen könne? ist streitig. von Quistorp [51]) will es aus dem Grunde bezweifeln, weil ein Privilegirter gegen einen gleich Privilegirten sein Privilegium nicht anwenden könne. Allein dieser Grund widerlegt sich dadurch von selbst, daß hier nur der eine sich in dem Falle der wirklichen Anwendung seines Privilegiums befindet. Es ist also keine wahre Collision der Privilegien; mithin kein Grund vorhanden, warum sich nicht auch ein Kaufmann wider seinen Gesellschafter in Handelssachen auf sein Handelsbuch sollte berufen können.

ner Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verf. 2. B. 2. Abth. S. 434. ff.

49) von Cramer wetzlarische Beyträge 4. Th. Nr. 1. §. 23. Struben rechtliche Bedenken Th. V. Bed. 104. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXIX. medit. 3. et 4. Edzard de fide libror. mercatorior. §. 22. Westphal Rechtsgutachten 1. B. S. 120. §. 10. v. Martens Grunds. des Handelsrechts. §. 41. S. 46. Schaffshausen cit. Diss. §. 14. Ebeling in der angef. Schrift §. 32. u. a. m.

50) Ebeling. §. 36.

51) Rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 60.

Zu den Fällen, wo Privaturkunden für den Verfasser beweisen sollen, rechnet Hellfeld auch noch den, wenn dieselben durch die Unterschrift von drey Zeugen, oder durch eine gerichtliche Bestätigung Glaubwürdigkeit erhalten. Allein die Unterschrift von drey Zeugen kann der Urkunde an sich nicht mehr Beweiskraft geben, als sie ohne dieselbe hat, wenn diese Zeugen nicht durch eidliche Recognition derselben zugleich bewahrheiten, daß die Urkunde mit Einwilligung des Gegners, wider welchen sie zum Beweis gebraucht werden soll, errichtet worden sey [52]). Sie beweißt also nun nicht als Privaturkunde, sondern weil sie die eidliche Aussage der Zeugen für sich hat, und dann wären zu diesem Beweise auch schon zwey Zeugen [53]) genug, welche die Richtigkeit des Inhalts der Urkunde beweisen würden, wenn sie auch nicht von ihnen wäre unterschrieben worden.

§. 1167.

Wirkung der Recognition.

Durch die Recognition einer Urkunde wird nur blos die Aechtheit und Richtigkeit derselben ausser Zweifel gesetzt. Es ist hierdurch nunmehr entschieden, daß die Urkunde diejenige sey, für welche sie vom Producenten ausgegeben

52) S. *Henr.* HAHN Diss. de scripturarum recognitione et comparatione. *Helmst.* 1647. Th. 57. et 58. Westphals Rechtsgutachten 1. B. S. 118. §. 3. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 3. B. §. 1176. und Gensler über die Begriffe Beweis, Beweismittel. im Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. S. 56. Not. *) u. S. 63. Not. *).

53) S. HAHN cit. Diss. Th. 59.

wird, und nichts Falsches enthalte [54]. In dieser Hinsicht hat eine Privaturkunde, wenn sie von dem Producten einmal gerichtlich recognoscirt worden ist, gegen ihn vim documenti iudicialis, und der Product kann nun noch zur eidlichen Diffession derselben eben so wenig zugelassen werden [55], als es demselben erlaubt ist, sich gegen eine recognoscirte Urkunde der Eidesdelation zu bedienen [56], weil dem Producenten nun nicht mehr zugemuthet werden kann, einen Eid darüber abzulegen, daß das Eingestandene wahr sey [57]. So wie jedoch durch die Recognition nur diejenigen Einreden ausgeschlossen werden, welche die Aechtheit und Richtigkeit der Urkunde betreffen, so bleiben dagegen dem Producten alle Einreden auch noch nach der Anerkennung offen, welche die Beweiskraft der Urkunde betreffen, ohne daß deshalb ein Vorbehalt nöthig ist [58]. Dahin gehört z. B. die Einrede des Betrugs, der Simulation, des

54) Westphal's Rechtsgutachten. 1. B. S. 122. §. 22. Gönner's Handbuch des gemeinen Prozeßes. 2. B. Nr. 46. §. 11.

55) Kind Quaestion. Forens. Tom. III. Cap. 64. Biener Syst. process. iudiciar. Tom. I. §. 146. Anderer Meinung ist jedoch Lyncker Resp. Decisor. Cent. IV. Decis. 344.

56) *Jo. Frid.* Wahl Diss. de recognitione documenti per testes et comparationem literarum. *Goett.* 1750. §. 14. not. l. und Bayn Diss. de recognit. et diffess. manus alienae §. 10. not. c.

57) Gönner's Handbuch a. a. O. §. 12. S. 377.

58) Danz Grundsätze des ordentlichen Prozeßes. §. 331. Westphal's Rechtsgutachten a. a. O.

verzichteten Gebrauchs, des sich widersprechenden Inhalts, der Irrelevanz, des Irrthums, u. d. Mit diesen Einwenden ist der Producent auch dann noch zu hören, wenn auch gleich wegen seines Ungehorsams die Recognition einer Urkunde als geschehen wäre angenommen worden [59]. Denn die Frage, ob die Urkunde auch das wirklich beweise, was sie beweisen soll, ist dadurch noch nicht entschieden.

§. 1168.

Wirkung der Diffession. Abwendung derselben durch Vergleichung der Handschriften, und Anerkennung der Urkunde durch Zeugen.

Ist der Diffessionseid geschworen worden, so ist die Frage, was derselbe für eine Wirkung habe, unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Einige [60]) behaupten, daß dadurch alle Beweiskraft einer Urkunde dergestalt aufgehoben worden sey, daß kein weiterer Gegenbeweis Statt finde. Andere [61]) hingegen schränken dieses blos auf den Fall ein, wenn der Producent die Diffession ausdrücklich verlangt habe, weil das Auffordern des Producten zur eidlichen Diffession auf Seiten des Producenten einen stillschweigenden Verzicht auf anderweiten Beweis enthalte.

59) WERNHER Select. Observat. forens. Tom. I. P. IV. Obs. 169. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 24. Th. 14. nr. 15.

60) BERGER Oecon. iuris c. l. nr. 16. fin. SCHNEIDER Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 596. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 89. S. 162.

61) NAEVIUS de iuramentis. P. III. Cap. 8. §. 14. RIVINUS Enunciat. iuris Tit. XXV. §. 30.

diejenigen[62]), welche den Diffessionseid für eine species iuramenti legalis halten, legen ihm zwar die Wirkung bey; daß die eidlich abgeleugnete Urkunde hierdurch für das erste alle Beweiskraft verliere; allein gänzlich werde doch dadurch die Urkunde nicht entkräftet, sondern dem Producenten stehe noch der Weg offen, den Beweis der Richtigkeit derselben zu führen, wenn er ihn übernehmen wolle, weil dadurch die Sache blos in den Zustand einer negativen Litiscontestation sey gebracht worden. Diesen Beweis lassen auch diejenigen[63]) zu, welche den Diffessionseid für einen Reinigungseid halten. Da jedoch der Abläugnungseid vielmehr als ein freywillig angetragener Eid zu betrachten ist (§. 1163.); so kann gegen die Ableistung desselben ein Beweis nur in soweit zugelassen werden, als derselbe überhaupt gegen einen deferirten Eid Statt findet[64]). Die Frage, wie weit ein solcher Eid wegen begangenen Meineides angefochten werden könne, ist jedoch schon an einem andern Orte[65]) erörtert worden. Die meisten heutigen Rechtsgelehrten[66]) stimmen indessen darin überein, daß eine

62) Mevius Tom. II. P. VI. Decis. 278. *Eb. Christ.* Canz Tract. de probabilitate iuridica, s. de praesumtione Cap. III. P. II. Sect. III. §. 203. Fried. von Bülow u. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 1. B. Erört. XXIV. §. 3. Martin's Lehrbuch des bürg. Prozeßes. §. 203.

63) *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 55.

64) Malblanc Doctr. de iureiurando §. 50. pag. 133. der neuesten Ausgabe.

65) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 798. b. S. 247 ff

66) *Car. Frid.* Walch Diss. de instrumentorum post iuratam eorum diffessionem fide. *Jenae* 1758. §. 6. sqq.

eidlich abgeläugnete Urkunde nunmehr zwar für unrichtig zu halten sey, und ihren Glauben für jetzt verlohren habe. Kann indessen der Producent nicht nur den Meineid, sondern auch die Richtigkeit der Urkunde vollkommen darthun [67]), so erlange die Urkunde nicht nur ihre Beweiskraft wieder, sondern der Product ziehe sich auch, wenn er böslich abgeläugnet hat, den Verlust aller seiner Einreden gegen die Urkunde zu.

Es giebt auch mancherley Mittel, die eidliche Abläugnung der Urkunden abzuwenden [68]). Hellfeld führt hier die Vergleichung der Handschriften [69]), und die Anerkennung durch Zeugen [70]) als die vorzüglichsten an.

Claproth Einleit. in den ord. bürgerlichen Prozeß, 2. Th. §. 243. Danz Grundsätze des ordentl. Prozeßes §. 335. Gönner Handbuch des deutsch. gemeinen Prozeßes. 2. B. Nr. XLVI. §. 14. Thibaut System des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1181. und Zimmern Commentat. de iuramento diffessionis. §. 19.

67) Der Beweis durch Zeugen wird hier jedoch für bedenklich gehalten, und von einigen ganz ausgeschlossen. Berlich Conclusion. pract. P. I. Concl. XXXV. nr. 9. Andere hingegen erfordern wenigstens hier eine größere, als die sonst gewöhnliche Anzahl von Zeugen. Schneider vom rechtl. Beweise. Anmerk. LXXII. S. 534.

68) *Jo. Henr.* Berger Diss. de modis declinandi recognitionem et diffessionem instrumentorum. *Vitemb.* 1701.

69) *Frid. Es.* a Pufendorf de comparatione literarum, in Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 24. *Jo. God. Sig. Alb.* Büchner Diss. de probatione per litterarum comparationem. *Goett.* 1779. *Phil.* de Renasson de la preuve par comparaison d'ecritures. *Paris.* von Gönner Handbuch des gemein. Prozeßes. 2. B.

I. Die Vergleichung der Handschriften (*comparatio litterarum*) ist überhaupt diejenige Handlung, da durch vereidete Schreibmeister auf Ansuchen des Beweisführers, und auf richterliche Instruction untersucht wird, ob zwey oder mehrere Schriften von einer und derselben Hand sind. Sie setzt also das Daseyn einer Urkunde voraus, von welcher vollkommen bewiesen ist, daß sie von eben dem Auctor herrühre, von welchem, nach des Beweisführers Angaben, auch diejenige Urkunde geschrieben oder unterschrieben worden seyn soll, deren Aechtheit von dem Producten verneinet wird. Man nennt diese authentische Urkunde, nach welcher die Vergleichung angestellet wird, die *Scriptura ex qua*, zum Unterschiede der streitigen Urkunde, um deren Willen die Vergleichung der Handschriften vorgenommen wird, welche man die *Scriptura ad quam* zu nennen pflegt.

Wie nun aber die Authenticität der bey dieser Vergleichung zum Grunde zu legenden Urkunde festzustellen sey,

Nr. XLVI. §. 16. Goldschmidt Abhandlungen aus dem deutsch. gemeinen Civilprozeße. Frankf. 1818. Nr. 9. S. 101. Gensler theor. prakt. Bemerkungen über die Anerkennung der schriftl. Beweisurkunden, deren Anerkennung durch Instruments- und andere Zeugen, den Diffessionseid, die Handschriftvergleichung und andere Aechtheits-Beweise, in dem Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. Nr. XXXII. und Klüpfel über die Vergleichung der Handschriften nach röm. Rechte. Ebendas. Nr. XXXII.

70) *Jo. Henr.* Hartleben Diss. de recognitione instrumentorum per testes. *Jenae* 1717. *Jo. Frid.* Wahl Diss. de recognitione instrumentorum per testes et comparationem litterarum. *Goetting.* 1750.

eidlich abgeläugnete Urkunde nunmehr zwar für unrichtig zu halten sey, und ihren Glauben für jetzt verlohren habe. Kann indessen der Producent nicht nur den Meineid, sondern auch die Richtigkeit der Urkunde vollkommen darthun [67]), so erlange die Urkunde nicht nur ihre Beweiskraft wieder, sondern der Product ziehe sich auch, wenn er böslich abgeläugnet hat, den Verlust aller seiner Einreden gegen die Urkunde zu.

Es giebt auch mancherley Mittel, die eidliche Abläugnung der Urkunden abzuwenden [68]). Hellfeld führt hier die Vergleichung der Handschriften [69]), und die Anerkennung durch Zeugen [70]) als die vorzüglichsten an.

Claproth Einleit. in den ord. bürgerlichen Prozeß, 2. Th. §. 243. Danz Grundsätze des ordentl. Prozeßes §. 335. Gönner Handbuch des deutsch. gemeinen Prozeßes. 2. B. Nr. XLVI. §. 14. Thibaut System des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1181. und Zimmern Commentat. de iuramento diffessionis. §. 19.

67) Der Beweis durch Zeugen wird hier jedoch für bedenklich gehalten, und von einigen ganz ausgeschlossen. Berlich Conclusion. pract. P. I. Concl. XXXV. nr. 9. Andere hingegen erfordern wenigstens hier eine größere, als die sonst gewöhnliche Anzahl von Zeugen. Schneider vom rechtl. Beweise. Anmerk. LXXII. S. 554.

68) *Jo. Henr.* Berger Diss. de modis declinandi recognitionem et diffessionem instrumentorum. *Vitemb.* 1701.

69) *Frid. Es. a* Pufendorf de comparatione literarum, in Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 24. *Jo. God. Sig. Alb.* Büchner Diss. de probatione per litterarum comparationem. *Goett.* 1779. *Phil. de* Renasson de la preuve par comparaison d'ecritures. *Paris.* von Gönner Handbuch des gemein. Prozeßes. 2. B.

I. Die Vergleichung der Handschriften (*comparatio litterarum*) ist überhaupt diejenige Handlung, da durch vereidete Schreibmeister auf Ansuchen des Beweisführers, und auf richterliche Instruction untersucht wird, ob zwey oder mehrere Schriften von einer und derselben Hand sind. Sie setzt also das Daseyn einer Urkunde voraus, von welcher vollkommen bewiesen ist, daß sie von eben dem Auctor herrühre, von welchem, nach des Beweisführers Angaben, auch diejenige Urkunde geschrieben oder unterschrieben worden seyn soll, deren Aechtheit von dem Producten verneinet wird. Man nennt diese authentische Urkunde, nach welcher die Vergleichung angestellet wird, die *Scriptura ex qua*, zum Unterschiede der streitigen Urkunde, um deren Willen die Vergleichung der Handschriften vorgenommen wird, welche man die *Scriptura ad quam* zu nennen pflegt.

Wie nun aber die Authenticität der bey dieser Vergleichung zum Grunde zu legenden Urkunde festzustellen sey,

Nr. XLVI. §. 16. Goldschmidt Abhandlungen aus dem deutsch. gemeinen Civilprozeße. Frankf. 1818. Nr. 9. S. 101. Gensler theor. prakt. Bemerkungen über die Anerkennung der schriftl. Beweisurkunden, deren Anerkennung durch Instruments- und andere Zeugen, den Diffessionseid, die Handschriftvergleichung und anderee Aechtheits-Beweise, in dem Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. Nr. XXXII. und Klüpfel über die Vergleichung der Handschriften nach röm. Rechte. Ebendas. Nr. XXXII.

70) *Jo. Henr.* Hartleben Diss. de recognitione instrumentorum per testes. *Jenae* 1717. *Jo. Frid.* Wahl Diss. de recognitione instrumentorum per testes et comparationem litterarum. *Goetting.* 1750.

beunruhigte vorzüglich den Kaiser Justinian, welcher darüber mehrere Verordnungen erlassen hat. Anfangs sollte nur eine gerichtliche, oder von öffentlich authorisirten Personen errichtete, aber keine Privat-Urkunde zur Anstellung einer solchen Vergleichung geeignet seyn, wofern nicht etwa letztere von drey Zeugen mit unterschrieben wäre, von denen wenigstens zwey die Aechtheit derselben durch ihre Aussagen bestätiget hätten [71]. Allein durch die Erfah-

71) *L.* 20. *Cod. de fide instrum.* Comparationes literarum ex chirographis fieri, et aliis instrumentis, quae non sunt publice confecta, satis abundeque occasionem criminis falsitatis dare, et in iudiciis, et in contractibus manifestum est. Ideoque sancimus, non licere comparationes literarum ex chirographis fieri, *nisi trium testium habuerint subscriptiones*, ut prius literis eorum fides imponatur, vel ex ipsis hoc deponentibus, sive cunctis, sive omnimodo *duobus ex his*, sine comparatione literarum testium procedente: et tunc ex huiusmodi chartula iam probata comparatio fiat, aliter etenim fieri comparationem nullo concedimus modo, licet in semetipsum aliquis chartam conscriptam proferat: sed tantummodo *ex forensibus, vel publicis instrumentis, vel huiusmodi chirographis, quae enumeravimus, comparationem trutinandam.* Statt *sine comparatione literarum testium procedente*, lesen einige Ausgaben, z. B. die des Claud. Chevallon und Hugo a Porta, auch einige Handschriften, wie Lud. Charondas bemerkt, *sive* comparatione etc. und diese Leseart billigen auch Heinr. Agyläus und Jac. Cujaz ad Nov. XLIX. Allein die Leseart *sine* comparatione etc. ist unstreitig richtiger. Der Sinn ist der: sollten jedoch auch nicht einmal zwey von den Zeugen am Leben seyn, sondern entweder bis auf einen, oder alle gestorben seyn; so soll keine Ver-

rung belehrt, daß der Gebrauch der Privaturkunden zur Vergleichung der Handschriften nicht so ganz allgemein ausgeschlossen werden könne, wenn nicht eine solche Bestimmung zu offenbaren Ungerechtigkeiten und Unbilligkeiten Anlaß geben solle, modificirte Justinian jene Verordnung durch eine neuere Constitution dahin, daß auch eine bloße Privaturkunde, ob sie gleich nicht von Zeugen unterschrieben wäre, doch alsdann zur Grundlage bey Vergleichung einer Handschrift solle dienen können, wenn sie entweder von dem Producten einst für sich selbst producirt, oder zuvor in einem öffentlichen Archive wäre aufbewahrt worden [72].

gleichung ihrer Handschriften Statt finden, um hierdurch die Aechtheit der Urkunde zum Behuf einer Vergleichung mit der streitigen herzustellen, wie Büchner Diss. cit. §. 7. gezeigt hat.

72) *Nov. XLIX. Cap.* 2. nach Hombergks Version. Illud etiam huic legi adjiciendum putavimus. Quoniam enim iam legem scripsimus, quae vult, ut ex instrumentis propria manu scriptis nulla fiat comparatio, sed ex solis publicis, videmus vero rerum experientiam conveniente correctione legis egere, idque ex ipso litigantium experimento invenimus, secundum hanc formam eam emendare volumus. Saepe enim prolato ab aliquo instrumento propria manu conscripto, atque ex eo vel actione, vel iuris sui probatione desumta, cum pars adversa literas eiusdem manus protulisset, et ex illis, quae ipse adversarius illi protulerat, legitimam probationem fieri voluisset, hic utebatur lege, quod ex publicis instrumentis, non vero ex propria manu conscriptis comparationes fieri debeant. — §. 1. Sancimus igitur, si forte aliquid tale contingat, et quis velit literarum ab adversario prolatarum examen institui, ne id tanquam non

Noch immer schien jedoch dem ängstlichen Gesetzgeber der Aechtheitsbeweis einer Urkunde durch Handschriftvergleichung um so bedenklicher zu seyn, als selbst die höchste Aehnlichkeit noch keine gewisse Ueberzeugung gewährt, indem es nicht nur möglich ist, daß zwey Personen ganz gleiche Schriftzüge führen, sondern auch, wie Justinian selbst von seinem verdorbenen Zeitalter bekennt, betrügerische Kunst fremde Schriftzüge täuschend nachzuzeichnen versteht. Besonders aber machte ein Fall, der sich in Armenien ereignet hatte[73]), den Kayser äusserst zweifelhaft,

recte factum traducatur. Cui enim ipse fidem habet, quodque protulit, et ex quo iura sua fluunt, id non calumnietur, neque comparationem literarum cum illo fieri prohibeat, quamvis privata scriptura sit. Neque enim ipse secum pugnabit, et quae affirmat, calumniabitur. — §. 2. Si vero ex publicis etiam Archivis charta proferatur, veluti apocha mensae gloriosissimorum praefectorum (nam et de eo quaesitum esse scimus), vel ex publicis Archivis quid prolatum sit, vel publicum habeat testimonium, etiam hoc ad comparationes admittendum esse sancimus. Cum enim ubique crimen falsi odio habeamus, ut illi, qui literas conferunt, iusiurandum praestent, constituimus, atque ut comparatio ex solis publicis instrumentis fiat, introduximus. Quare per omnia lex illa valeat, atque praesens distinctio illi addita sit, et iusiurandum ab illis, qui conferunt literas, omnimodo praestetur. Diese letzteren Worte lauten in der alten Version so: iureiurando tamen comparantium omnibus modis *prohibendo*, welches offenbar dem ganzen Sinne zuwider ist.

73) Justinian erzählt diesen Fall *Nov. LXXIII, Praefat.* Novimus leges nostras, sagt er nach Homberg,

wo die Handschriftvergleichung und die Anerkennung durch die Instrumentszeugen einander ganz entgegengesetzte Resultate hervorbrachten. Dennoch schien es dem Kaiser nicht rathsam zu seyn, die Vergleichung der Handschriften

quae ex comparatione etiam literarum instrumentis fidem fieri volunt, atque Imperatores quosdam, ingravescente iam malitia, illis, qui instrumenta adulterant, talia prohibuisse: unum illud falsariis studio esse credentes, ut in imitandis literis se ipsos quam maxime exerceant: cum falsum nihil aliud sit, quam imitatio veri. Quoniam igitur his temporibus innumera falsa invenimus in litibus, quas audivimus, praeter opinionem etiam nobis aliquid ex *Armenia* exortum est. Cum enim instrumento permutationis prolato literae dissimiles indicatae essent, deinde, ubi illi, qui in instrumento testes fuerunt et subscripserunt, inventi sunt, et manum agnoverunt, instrumentum fidem accepit. Atqui inopinatum quid hic contigit, ut literae quidem, licet examinatae, fide destitui viderentur, testium vero dicta cum veritate convenirent: sicque fides testium quodammodo certa esse videbatur. Videmus tamen naturam eius saepe egere examinatione rei, cum literarum dissimilitudinem saepe tempus (neque enim iuvenis aliquis et robustus ita scripserit, ut senex et tremebundus) saepe etiam morbus efficiat. Et quid haec dicimus, cum calami et atramenti mutatio similitudinis veritatem omnino tollat. — Cap. 3. Si tamen aliquid tale contingat, quod in *Armenia* factum est, et aliud comparatio literarum prae se ferat, aliud vero testimonia: tunc nos quidem ea, quae viva voce et iurato dicuntur, fide digniora existimamus, quam ipsam per se scripturam. Veruntamen hoc iudicis prudentiae et religionis sit, ut veracibus potius, quam talibus credat.

ganz aus der Reihe der Beweismittel zu vertilgen. Desto mehr aber war er bemüht, sie theils seltner zu machen, theils aber auch ihr mehrere Zuverläßigkeit zu verschaffen. Dieses glaubte er nun nur dadurch bewirken zu können, daß er nicht jede in Streit gezogene Urkunde sogleich des Aechtheitsbeweises durch Handschriftvergleichung würdig geachtet wissen wollte, sondern nur eine solche, welche eine gewisse gesetzlich vorgeschriebene Form hatte, die ihr schon an sich einen gewissen Grad von Glaubwürdigkeit gebe. Daß auf diese Art das schwere Problem, wie eine Vergleichung der Handschriften mit Sicherheit anzustellen sey, gelöset sey, davon schien Justinian so fest überzeugt zu seyn, daß man sich nun nicht wundern wird, wenn er in der deshalb erlassenen neuern Constitution Nov. LXXIII. am Ende der Präfation mit folgenden Worten von sich rühmt: *Quoniam igitur Deus imperium propterea de coelo demisit, ut illud difficilibus rebus bona sua impertiret, legesque ad naturae veritatem aptaret, propterea etiam hanc legem scribendam, et subditis. quos nobis Deus antea tradidit, et paulatim semper adjicit, in commune ferendam putavimus.*

Justinian gedenkt nun in der angeführten Constitution zweyerley Arten von Urkunden, wegen deren eine comparatio literarum Statt haben kann;

1) derjenigen, welche von dem Schuldner selbst geschrieben oder unterschrieben sind [74];

2) derjenigen, welche von einer öffentlich authorisirten Person, von einem Tabellio, ausgefertiget worden sind [75]. Bey beyden erfordert er jedoch, daß sie von

74) *Nov. LXXIII. cap.* 1. 2. 3. *et* 4.

75) *Nov. cit.* cap. 5.

drey Zeugen unterschrieben seyn müssen. Justinian meint zwar hier vorzüglich Instrumentszeugen, doch soll es auch gelten, wenn nur Zeugen bey Ausstellung der Urkunde gegenwärtig waren, welche aussagen, der Product habe in ihrer Gegenwart die Urkunde unterschrieben[76]. Er suchte also durch diese Vorsicht die Vergleichung der Handschriften

76) *Nov. LXXIII. cap. 1.* wo Justinian den Grund anführt, ne ex literis solum, earumque examinatione pendeamus, sed iudices etiam auxilium quoddam a testibus habeant. Talia enim testimonia admittimus, ubi testes, qui interfuerunt, dicunt ipsis praesentibus subscripsisse eum, qui contractum fecit, et se hoc scire. Nam si eiusmodi testes *non pauciores, quam tres*, fide dignos invenerimus, illis fidem non derogamus. Neque enim ponimus legem, ut in angustum probationes contrahamus, sed ut ipsis existentiam et securitatem tribuamus. — Cap. 2. Sed et si quis vel mutui, vel alterius cuiusdam contractus instrumentum faciat, neque id publice confici velit (quod in deposito etiam decernimus), instrumentum illud mutui scriptum non videatur per se dignum; nisi testes fide digni, *nec pauciores quam tres*, praesentes fuerint: ut sive ipsi adsint, *et literis suis testimonium dent*, sive alii quidam, *qui ipsis praesentibus instrumentum confectum esse testentur*, negotium ex utraque parte fidem accipiat, *nec examinatio literarum plane rejiciatur, sed sola non sufficiat et testium accessione confirmetur.* — Cap. 4. Nam cum falsitates et imitationes manuum mutuamus, nec illis, si nudae sint, credamus, eam subtilitatem huic rei inducimus, non ut illos, qui credunt, fide, quam amicis habent, privemus, sed ut perfidiam, et inficiationem, quoad eius fieri potest, multis modis redarguamus.

theils seltener, theils zuverläßiger zu machen. Denn sind die Zeugen noch am Leben, so wird es wohl nicht leicht zu einer comparatio literarum kommen, weil es nun der Product nicht wagen wird, die Urkunde abzuläugnen, deren Richtigkeit durch die Recognition der Zeugen eben so-fort bewiesen, als der Product seiner Lüge überführt werden könnte. Sind hingegen die Zeugen nicht mehr am Leben, so hat wenigstens eine solche Urkunde, welche von drey Zeugen unterschrieben ist, wenn auch die Recognition ihrer Unterschrift nun nicht mehr von ihnen selbst geschehen kann, schon einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich, daß sie ächt seyn müsse. Nun erst kann eine comparatio literarum mit Sicherheit angestellt werden, und um dadurch den vollkommensten Beweis der Aechtheit des von dem Producten bestrittenen Documents herzustellen, so sollen nicht nur die Schriftzüge der Urkunde selbst, sondern auch die Unterschriften der Zeugen untersucht und verglichen werden [77]. Eben so soll es mit der oben angegebenen andern Art von Urkunden gehalten werden, welche von einem öffentlich authorisirten Tabellio ausgefertiget worden sind [78]. Ist derselbe nebst den Zeugen noch am Leben, so soll deren eidliche Recognition die weitere Schriftenverglei-

77) *Nov. LXXIII. Cap. 7.* Si tamen omnes testes moriantur, vel forte absint, vel aliter a testibus, qui subscripserunt, fides facile confirmari nequeat, — sed comparationem literarum aut completionum, aut eorum, qui subscripserunt, amplecti plane necesse sit: tunc quidem ad comparationes venire convenit.

78) *Nov. cit.* cap. 5. Sed et instrumenta publice confecta, etsi a *tabellionibus* impleta sint, ipsa etiam, antequam perficiantur, *subscriptionem testium*, ut dictum est, accipiant.

chung überflüßig machen 79). Ist aber von den allen Niemand mehr am Leben, dann soll auch hier eine Vergleichung sowohl der Urkunde als der Unterschriften angestellt, und auf solche Art durch eine Vergleichung dieser mehreren Handschriften der Beweis der Aechtheit der Urkunde vollkommen hergestellt werden 80). Einen weiteren Erfüllungseid von Seiten des Producenten erfordert Justinian nicht. Zwar schreibt er vor, es sollen beyde Theile schwören, der Producent, daß ihm kein anderer Aechtheitsbeweis übrig sey, und er dabey ohne alle Gefährde handle, der Product aber, daß er auch seiner Seits nichts gethan, noch arglistig etwas unternommen habe, wodurch die Wahrheit verdunkelt und die anzustellende Handschriftenvergleichung gehindert werden könnte; es sind aber diese Eide blos Eide für Gefährde, welche die Partheyen sich dann auch gegenseitig erlassen können 81). Aus dem allen

79) *Nov. cit. Cap.* 7. §. 1. In his vero instrumentis, quae publice conficiuntur, si tabellio advenerit, et iurato testetur, — — ut tres sint testes, non unus. — ne comparationi locus sit.

80) *Nov. cit. Cap.* 7. §. 2. Sin autem nullus horum adsit, tum quidem fiat completionum (τελεώσεων, i. e. scripturarum, instrumentorum, γραμμάτων, wie es Homberg nach Julian richtig erklärt) collatio, illa vero sola ad hoc non sufficiat, sed aliorum etiam manus, qui forte subscripserunt, vel contraxerunt, examinentur, *ut ex multis comparationibus tam completionum, tam eorum, qui subscripserunt, vel etiam contraxerunt, una undique colligatur atque perficiatur fides.*

81) *Nov. cit. Cap.* 7. *princ.* Omni autem diligentia procedendum et si illis fidem habendam putaverint, ius-

ergiebt sich nun, daß Justinian in seiner Gesetzgebung mit reifer Umsicht zu Werke gegangen sey, und wohl nichts weniger, als den Vorwurf der Neuern verdiene, als habe er doch nur, bey allen seinen Aenderungen und Verbesserungen, uns ein ziemlich dunkles Chaos hinterlassen; es hat auch gewiß den römischen Grundsätzen über diese Beweisart nach Büchners treflicher Abhandlung an einer

iurandum proferenti omnino imponendum est, quod nullius mali conscius sibi sit in eo, quod a se profertur, nec effecerit, ut quaedam fraus circa comparationem fieret, atque ita eo utatur, ut nihil plane tollatur, et per omnia securitas rebus concilietur. — §. 3. Si vero nihil aliud quam instrumentorum comparatio inveniatur, illud quidem, quod hucusque obtinuit, procedat, ut is, qui instrumentum ad collationem faciendam profert, more solito iuret, quo res ad maiorem rei fidem accessionem omnino accipiat: et ipse, qui petit, ut haec fiant (ohne Zweifel der Producent), insuper iuret, se omni alia probatione destitutum ad comparationem instrumentorum venisse, nec quicquam circa eam fecisse, aut machinatum esse, quod forte veritatem occultare possit: atque hac re contrahentes liberari poterunt, si velint, et ambo consentiant, ut instrumenta insinuent, ipsique contrahentes illa apud acta deponant, quo perfidia et corruptione et falsitatibus et quibuscunque aliis malis, quae hac lege lata corrigimus, liberentur: illis, quae de comparatione literarum cum iis, *quae propria manu conscripta sunt*, instituenda, iam a nobis sancita sunt, in suo robore manentibus. Daß Justinian hier wirklich von zwey verschiedenen Eiden rede, hat auch schon *Jac.* Cujacius in Exposit. ad Nov. XLIX. bemerkt. Vorzüglich aber hat dieses Büchner cit. Diss. §. 19. et 20. bewiesen.

klaren Entwickelung nicht weiter gefehlt. Noch ist jedoch zu bemerken, daß Justinian die vorgeschriebene Pünctlichkeit bey der Vergleichung der Hände nur in Sachen von Wichtigkeit beobachtet wissen will. Denn betrifft der Gegenstand nur etwa unam auri libram, so soll es dabey bleiben, was bisher im Gebrauche war, ne exiguis de rebus magna damna homines sustineant [82]).

2) Nach Justinians Verordnung soll also die comparatio literarum nur dann zur Ausmittelung der Aechtheit einer Urkunde dienen, wenn eine Beweisführung oder Anerkennung durch Zeugen nicht Statt finden kann. Hierauf geht auch zum Theil mit der dem Producenten, welcher sie verlangt, obliegende Gefährdeeid.

3) Da bey ihr ein Schluß aus Aehnlichkeit der Handschriften zum Grunde liegt, wozu besondere Kenntniße der Schreibkunst erfordert werden, so erfordert sie die Beyziehung vereideter Schreibkunstverständiger, welche von beyden Theilen in Vorschlag gebracht werden können [83]). Diese müßen nun

4) die Schriftzüge der in Streit befangenen Urkunde mit den Schriftzügen jener authentischen Urkunde vergleichen, welche bey dieser Vergleichung zum Grunde zu legen ist, und deren Authenticität denn freylich festgestellt seyn muß. Ob nun wohl

82) *Nov. LXXIII. cap. 8. in fine.*

83) WAHL Diss. de recognit. instrumentor. per testes et lit. comparat. §. 33. Danz Grundſ. des ordentl. Prozeßes. §. 337.

5) diese Authenticität in Civilsachen am zuverläßigsten durch des Producten Geständniß ihrer Aechtheit hergestellt wird, welches Geständniß auch in dem Falle anzunehmen ist, wenn derselbe einst die nämliche Urkunde, welche jetzt bey der Vergleichung zur Norm dienen soll, als von ihm, oder demjenigen geschrieben, oder unterschrieben, der für den Aussteller ausgegeben wird, zu seinem Vortheil selbst producirt hat; so hat es doch auch

6) keinen Zweifel, daß, wenn die Vergleichsurkunde von Zeugen unterschrieben ist, und von diesen Instrumentszeugen nur wenigstens zwey die Urkunde eidlich für diejenige anerkennen, welche einst die von dem Producenten angegebene Person in ihrer Gegenwart und nebst ihnen eigenhändig unterschrieben habe; oder auch wenn andere Zeugen eidlich außagen, wie sie es selbst gesehen, daß derjenige die Urkunde geschrieben oder unterschrieben habe, der für den Verfasser derselben gehalten wird, ein solcher Authenticitätsbeweis der bey der Vergleichung zum Grunde zu legenden Urkunde die Stelle eines Geständnißes des Producten vertrete [84]. Die Schreibkunstverständigen müßen nun

7) ihr Gutachten darüber, ob die ihnen vorgelegten Documente von der nämlichen Hand geschrieben sind, zu den Acten geben; von welchem Gehalt aber ein solcher Beweis sey, wird der folgende §. lehren.

II. Die Anerkennung durch Zeugen (*Recognitio per testes*) besteht in der eidlichen Aussage von Zeu-

84) Gensler's angef. Bemerkungen über die Anerkennung der Urkunden rc. im Archiv für die civilist. Praxis. Nr. XXXII. S. 330. u. 331. und von Gönner Handbuch des gem. Prozeßes 2. B. Nr. XLVI. §. 16. S. 483.

gen, daß die ihnen vorgelegte Urkunde von dem angeblichen Aussteller derselben unterschrieben worden sey, oder doch derselbe sich für den Urheber der Urkunde bekannt habe. Diese Zeugen können nun entweder

1) solche seyn, welche die Urkunde mit unterschrieben haben. Diese legen dann ihr Zeugniß durch Recognition ihrer Unterschriften ab, welche aber eidlich geschehen muß, sobald es der Product verlangt. Dieses ist die Recognition durch Instrumentszeugen. Oder es können auch die Zeugen

2) andere, als Instrumentszeugen, seyn, nämlich solche, welche entweder a) eidlich aussagen, daß sie, die Zeugen, zugegen gewesen, und mit eignen Augen gesehen, wie der Product, oder der von dem Producenten angegebene Auctor die jetzt in Frage stehende Urkunde schrieb oder unterschrieb, oder doch b) daß der Product, oder jener Auctor, diese nämliche Urkunde einst in ihrer Gegenwart als diejenige anerkannt habe, wofür sie jetzt der Producent ausgiebt [85]).

Die Aussagen aller dieser Zeugen müssen jedoch durchaus blos rein historisch seyn, und auf eigner Erfahrung derselben beruhen. Sie dürfen also kein Urtheil enthalten [86]). Es ist demnach eine ganz unrichtige Vorstellung, welche man sich von der Anerkennung der Urkunden durch Zeugen macht, wenn man sie darin setzt, daß

85) S. von Gönner a. a. O. §. 15. und Gensler im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. S. 324. A. und S. 328. C.

86) Gensler a. a. O. S. 328.

Zeugen angegeben werden, welche eidlich erhärten sollen, daß sie des Producten Hand sehr wohl kennen, auch gewiß glauben, und dafür halten, daß er das ihnen vorgelegte Document ausgestellet habe [87]). Eine solche Beweisführung ist sogut, wie gar keine, weil Zeugen in demjenigen, was sie glauben, oder urtheilen, gar keinen Glauben verdienen [88]). Daß übrigens selbst der Verfasser einer Urkunde, welcher eidlich erhärtet, daß der Producent sie in seiner Gegenwart und vor seinen Augen unterschrieben habe, als ein klassischer Zeuge zu betrachten sey, wenn

87) Siehe Berger Diss. cit. de modis declinandi recognit. et diffess. instrumentor. §. 17. Danz Grundſ. des ordentlichen Prozeßes §. 339. Biener Syst. process. iudic. Tom. I. §. 152. Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 226. Nr. 2. Man leitet zwar diese Art der Recognition durch Zeugen aus dem alten teutschen Recht her, welche schon vor Einführung des Röm. Rechts üblich gewesen, und auch nachher beybehalten worden sey. S. Heineccii Elem. iuris germanici. Tom. II. Lib. III. Tit. 6. §. 257. Not. *. pag. 606. und Wahl Diss. cit. de recognitione instrumentorum per testes. §. 17. pag. 44. Not. y. Allein wäre dieses auch historisch richtig, so ist es dennoch, und bleibt ein alter Irrthum, weil ein Zeugeneid de credulitate durchaus nichts beweisen kann. S. Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 26. pag. 162. Es ist dieses auch schon an sich widersprechend. Die Vergleichung der Handschriften erfordert das Gutachten der Kunstverständigen, und doch soll auch die Aussage von Zeugen gelten, daß sie des Producentens Hand wohl kennen, auch gewiß glauben, daß er das ihnen vorgelegte Document ausgestellet habe. S. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 182. §. 1. pag. 566.

88) von Gönner a. a. O. §. 15. S. 481.

sonst keine anderen Gründe vorhanden sind, die dessen Glaubwürdigkeit aufheben oder schwächen, ist ausser Zweifel [89]).

Es ist jedoch außer diesen beyden Beweisarten noch

III. denkbar, daß der Beweis der Aechtheit einer Urkunde auch durch eine andere an sich für ächt anerkannte, oder als solche bewiesene, mithin wider den Producten beweiskräftige Urkunde geführt werden könne, worin entweder des in Streit gezogenen Documents als von dem jetzigen Producten anerkannt, oder als von dem vom Producenten angegebenen Auctor herrührend auf eine solche Weise erwähnt wird, welche die Identität dieses erwähnten und des streitigen Documents außer Zweifel setzt [90]).

§. 1169.

Wirkung 1) der Recognition durch Zeugen, 2) der Handschriftenvergleichung.

Diejenigen [91]), welche die Anerkennung der Urkunden durch Zeugen in einer bloßen Anerkennung der Handschrift in der ihnen vorgelegten Urkunde für diejenige des angeblichen Ausstellers, setzen, geben selbst zu, daß dieses ein so unzuverläßiges und trügliches Beweismittel sey, daß es nur eine sehr schwache Vermuthung für die Richtigkeit des Documents erzeuge, weshalb nur allen=

89) S. *Henr.* Brokes select. Observat. for. Obs. CVIII. und Fried. von Bülow u. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. Erört. 47. S. 253.

90) Gensler a. a. O. S. 328. D.

91) S. Danz angef. Grundſ. §. 340.

falls auf den Reinigungseid erkannt werden könne. Es ist aber vielmehr diese Art der Recognition mit Gönner[92]) aus der Reihe der Beweismittel ganz hinwegzustreichen.

Soviel nun also

I. die eigentliche Recognition durch Zeugen anbetrifft, so besteht

1) die Wirkung der eidlichen Recognition durch die Instrumentszeugen, welche die Urkunde unterschrieben haben, darin. Zwey derselben beweisen die Aechtheit der Urkunde vollkommen. Ist aber nur noch einer am Leben, welcher die Unterschriften der übrigen, als mit eignen Sinnen bemerkt, aussagt, so begründet eine solche Recognition jetzt den Erfüllungseid[93]).

2) Ist hingegen von der Recognition einer Urkunde durch andere Zeugen, als solche, die das Document mit unterschrieben haben, die Rede, so ist diese Beweisart ganz nach den allgemeinen Principien vom Zeugenbeweise zu beurtheilen[94]). Der Beweis muß daher durch förmliche Artikel angetreten, und diese müßen auf die Thatsache gerichtet werden, wovon die Aechtheit der Urkunde abhängt, und wovon schon in dem vorigen §. die Rede war. Die Artikel müßen dann dem Producten zur Einreichung beliebiger Fragstücke mitgetheilt, und die Zeugen eidlich darüber vernommen werden. Um aber auch die

92) a. a. O.

93) S. Gensler über den Begriff Beweis ꝛc. §. 8. im Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. S. 63. Not. *.

94) S. Wahl Diss. de recognit. instrumentor. per testes. §. 21.

Identität der in Frage stehenden Urkunde außer Zweifel zu setzen, erfordert es der Zwek dieser Beweisführung, daß den Zeugen in dem Termin die Urkunde, deren Richtigkeit der Producent darthun will, in der Urschrift vorgelegt werde [95]. Haben nun

a) auf solche Art zwey klassische Zeugen aus eigener Erfahrung die Richtigkeit der Urkunde bezeugt, d. h. haben sie eidlich ausgesagt, daß sie zugegen waren, und mit eigenen Augen sahen, wie der Product, oder der von dem Producenten angegebene Auctor die jetzt in Frage begriffene Urkunde schrieb oder unterschrieb; so ist ein so vollständiger Beweis erbracht, daß nun keine weitere Diffeßion Statt finden kann. Das Document wird also nunmehr für anerkannt gehalten, und der Product verliert zur Strafe des böslichen Abläugnens alle seine Einreden gegen die Urkunde [96]. Hat der Producent nur die eidliche Aussage eines klassischen Zeugens für sich, so wird er zum Erfüllungseide gelassen.

b) Sagen aber zwey, oder auch nur ein klaßischer Zeuge eidlich aus, daß der Product das Document einst in ihrer Gegenwart als dasjenige anerkannt habe, wofür jetzt der Producent es ausgiebt; so ist dieser Beweis nach den Grundsätzen von der Wirkung eines außergerichtlichen Geständnißes zu beurtheilen, wovon §. 1801. handelt [97]. Soviel hiernächst

95) Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 226.

96) Wahl Diss. cit. §. 29. Danz Grundſ. des ordentl. Prozeßes, §. 340.

97) Gensler's angef. Bemerkungen über die Anerkennung der schriftlichen Beweisurkunden. im Archiv 2. Band S. 328. f. am Ende, und Derselbe über die Begriffe

II. die Wirkung der comparatio literarum anbelangt, so hat dieselbe, da die in dem Röm. Recht vorgeschriebenen Erforderniße jetzt nicht mehr befolgt werden, sondern eine jede Urkunde, deren Richtigkeit vom Producten geläugnet wird, die Veranlaßung dazu geben kann, wenn sie auch nicht von drey Zeugen mit unterschrieben ist, auch nun nicht mehr die Wirkung, welche derselben in dem Röm. Recht beygelegt wird; sondern unsere heutigen Practiker sind darin einverstanden, daß wenn auch das Urtheil der Sachverständigen ganz bestimmt dahin ausfällt, die Schriftzüge beyder Urkunden wären einander ganz ähnlich, und schienen von der nämlichen Hand geschrieben zu seyn, dennoch hierdurch mehr nicht, als immer nur ein halber Beweis bewirkt werde, von welchem höchstens ein Erfüllungseid des Producenten das juristische Resultat seyn könne, insofern letzter die Aechtheit der streitig gewesenen Urkunde als historische Thatsache beschwören kann [98]. Ist hingegen ihr Gutachten nicht so bestimmt ausgefallen, so

Beweis, Beweismittel ꝛc. im Archiv 1. B. S. 49. Not. **) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. IV. Abschn. Nr. 3. S. 57. f. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß 2. Abschn. 2. Kap. S. 97. der neuen Aufl. von Jury. von Gönner Handbuch des gemeinen Prozeßes. 2. B. Nr. XLIII. 0. 9. Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens. § 82. a. S. 142. Schneider's vollständ. Lehre vom rechtlichen Beweise § 97. u. 99.

98) Wahl cit. Diss. §. 35. Danz Grundſ. des ord. Prozeßes §. 338. Struben's rechtliche Bedenken Th. 3. Bed. 48. von Gönner Handbuch 2. B. Nr. XLVI. §. 16. Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 206. Gensler angef. Bemerk. im Archiv 2. B. S. 332.

kann, wenn auch nur einiger Zweifel übrig bleibt, wohin denn auch vorzüglich der Fall gehört, wenn die Sachverständigen nicht einstimmig, sondern nur nach der Mehrheit, die Gleichheit der Schriftzüge bezeugen, den Producten nur der Reinigungseid treffen, deßen Inhalt dann mit dem des Diffeßionseides gleichlautend ist. Ueberhaupt ist hier das Meiste dem Ermeßen des Richters zu überlassen [99].

§. 1170.

Rechtsverhältniß bey verlornen Urkunden.

Zuweilen besitzt der Producent die Urkunden nicht, mit denen er beweisen wollte. Hier laßen sich zwey Fälle gedenken. Sie sind entweder verlohren, oder sie befinden sich in den Händen eines Dritten. In jenem Fall ist deswegen das Recht des Producenten selbst noch nicht verlohren, wenn er die Wahrheit der Thatsachen, woraus das bestrittene Recht abgeleitet, und deßen Wahrheit durch Urkunden bewiesen werden sollte, auf eine andere Art zu erweisen vermag [100]. Sollten die Urkunden erst nach der Beweisantretung verlohren gegangen seyn, so berechtiget ein solcher unvorhergesehener Fall den Producenten, auch nach verstrichenem Beweistermin durch neue Beweismittel ein Surrogat der verlohrnen Urkunden herzustellen. Es kann dann auch noch Eidesdelation Statt finden [1]. Sind hingegen keine Surrogate für die verlohrnen Urkunden

99) Pufendorf Observat. iur. univ. Tom II. Obs. 24. §. 4.

100) L. 1. 4. 5. 7. 8. et 10. *Cod. h. t.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 19. und Westphal's Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 27. S. 123.

1) von Gönner Handbuch des gemeinen Prozeßes 2. B. Nr. XLII. §. 2.

vorhanden; so sind entweder Zeugen vorhanden, welchen der Inhalt der verlohrnen Urkunde bekannt ist, oder es fehlt auch an diesem Beweismittel. In jenem Falle muß der Beweis nicht nur auf den Verlust, sondern auch zugleich auf die Aechtheit der verlohrnen Urkunde gerichtet werden, wenn die Beweisführung über den Inhalt ihrem Zweck ganz entsprechen soll [2]). In dem letzten Falle hingegen sind nun die Grundsätze über die Folgen des Zufalls, des Dolus, und der Culpa als entscheidend anzuwenden.

a) Der Zufall trifft immer den Producenten. Es heißt hier, was Paulus [3]) sagt: non ius deficit, sed probatio. Hat aber

b) ein Dolus des Producten den Verlust der Urkunde verursacht, so wird in poenam doli dasjenige nun für erwiesen angenommen, was der Producent durch diese Urkunde beweisen wollte [4]). Hellfeld meint zwar, wenn

2) *L. 5. Cod. h. t.* Lauterbach Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 58. Gönner a. a. O. §. 3. S. 490. Danz Grunds. des ord. Prozeßes §. 321. Jedoch behauptet Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXII. medit. 1. die Praxis nehme es mit diesem Beweise nicht so genau; und Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 252. meint, wenn der Beweisführer die Existenz des durch Zufall verloren gegangenen Documents bewiesen habe, so könne er wegen des Inhalts zum Ergänzungseide gelassen werden.

3) *L. 30. D. de testam. tut.*

4) Gönner a. a. O. §. 4. Leyser Meditat. ad Pand. h. t. D. medit. 6. Danz Grunds. des ord. Prozeßes. §. 321.

der Dolus erwiesen sey, so habe dieses nur die Folge; daß der Beweisführer nun den Inhalt durch seinen Eid beweisen könne. Eben dieses behauptet auch Nettelbladt [5]). Allein einen andern Beweis, als den des Dolus von Seiten des Producten, erfordern die Gesetze nicht [6]).

c) Ist der Beweisführer durch den Dolus eines Dritten um die Urkunde, mit welcher er seinen Beweis führen wollte, gebracht worden, so ist dieser verbunden, dem Producenten allen dadurch verursachten Schaden zu ersetzen, welchen er, besonders wenn der Verlust der Urkunde den Verlust des ganzen Prozeßes nach sich gezogen haben sollte, durch seinen Eid (iuramentum in litem) erhärten kann [7]).

d) Hätte der Dritte die Urkunde nicht gerade in böser Absicht, aber doch durch sein Verschulden abhanden kommen lassen, so würde zwar auch schon ein bloßes Verschulden den Producenten berechtigen von ihm Schadensersatz zu fordern, wenn er in einem solchen Verhältniß zum Producenten stand, welches ihn zur Prästation einer solchen Culpa verpflichtete [8]); allein die Würderung des Schadens

5) Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 302.

6) *L.* 20. *Cod. de probat.* — non est indiciis aliis opus, *sed instrumentorum furtum monstrare sufficit.* S. *Jo. Andr.* Helwig Diss. de amissione instrumentorum. *Gryphisw.* 1736. Cap. III. §. 1.

7) *L.* 2. §. 1. *L.* 10. *D. de in litem iur. L.* 4. *Cod. ad exhibendum.* S. den 12. Th. dieses Commentars §. 813. S. 409.

8) Gönner a. a. O. §. 4. S. 492.

durch den Eid des Producenten (iuramentum in litem) findet hier nicht Statt [9]).

§. 1171.

Edition der Urkunden.

Befinden sich die Urkunden in den Händen eines Dritten, so muß in Zeiten deren Edition verlangt werden. Man versteht aber unter der Edition einer Urkunde die Mittheilung derselben zum Behufe des Beweises [10]). Es kommt nun hier auf zwey Fragen an. 1) Wenn ehe muß sie verlangt, und 2) aus welchem Grunde kann sie verlangt werden?

Soviel die erste Frage anbetrifft, so sind die Rechtsgelehrten darüber nicht einig, ob das Editionsgesuch noch vor Ablauf des Beweistermins, oder wenigstens noch vor dem Productionstermin, oder auch noch zeitig genug in dem Productionstermin angebracht werden könne? Letzteres behauptet Wernher [11]). Da jedoch diese Meinung

9) *L.* 5. §. 3. *D. de in litem iur.*

10) *Christ.* Hartung Diss. de eo, quod iustum est circa instrumenta edenda. *Jenae* 1684. *Jo. Fr.* Wahl Diss. de editione instrumentorum. *Giessae* 1753. *Hier. Wold.* Sillem Diss. sistens capita nonnulla in editione instrumentorum occurrentia. *Goettingae* 1790. *Frid. Wilh.* Kossel Diss. de causis obligationis ad edenda instrumenta. *Goett.* 1796. von Almendingen über Urkundenedition, in Grolman's Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts. 1. B. Nr. VII. S. 281. ff. und von Gönner in den Motiven zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. 2. B. 2. Abth. S. 424. ff.

11) Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 88.

sich hauptsächlich auf den alten sächsischen Prozeß bezieht, und jetzt selbst in Sachsen nicht mehr beachtet wird [12]); so kann auch außerhalb Sachsen darauf keine Rücksicht genommen werden. Hellfeld lehrt daher, um Edition der Urkunden müße noch vor dem Productionstermin nachgesucht werden, weil sie in diesem Termin vorgelegt werden müßen. Das Sicherste ist wohl, das Gesuch um Urkunden-Edition gleich bey der Antretung des Beweises, und also noch innerhalb des Beweistermins anzubringen [13]. Denn die Edition gehört ja, wie die Urkunde selbst, zum Beweise.

Wenn nun hiernächst zweytens die Frage entsteht, aus welchem Grunde die Urkunden-Edition gesucht werden könne? so ist

1) soviel gewiß, daß das Eigenthum oder Miteigenthum einer Urkunde in allen Fällen berechtiget, von Jedem die Edition zu fordern, welcher das Document in Händen hat. Es kann deshalb die Reivindication, oder die Publicianische Klage oder auch die actio ad exhibendum [14]) gebraucht werden; auch wohl im Falle des Mit-

12) S. Biener System. process. iudic. Tom. I. §. 131. Not. 6.

13) Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4475. Grolman Theorie des gericht. Verfah. §. 198. S. 408. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 3. B. §. 1270. Anderer Meinung ist jedoch Danz in den Grunds. des ord. Prozesses §. 315.

14) *L. 3. D. Testam. quemadm. aperiant. L. 3. §. 14. D. ad Exhib. L. 3. §. 5. D. de tabulis exhib. L. 8. Cod. ad exhib.* Kind Quaest. for. Tom. I. cap. 96. und *Car.* Einert Tr. de actione ad exhibendum. *Lips.* 1816. §. 31.

eigenthums die actio familiae erciscundae [15]) oder communi dividundo [16]).

2) Eben so können Vertragsverhältnisse das Editionsgesuch begründen. Es lassen sich hier verschiedene Fälle gedenken.

a) Der Vertrag kann blos um der Urkunde willen geschlossen worden seyn. Z. B. ich habe Jemanden ein Dokument in Verwahrung, oder zum Pfande gegeben, oder mit Jemand kontrahirt, daß er mir eine Urkunde über einen bestimmten Gegenstand ausfertige. Hier bestimmt der Vertrag die Art der Klage.

b) Die Urkunden sind über das Rechtsverhältniß des Producenten, oder der Personen, von denen er als Legatar, oder Ceßionar sein Recht ableitet, errichtet worden. Solche Urkunden werden in Ansehung der Interessenten, als gemeinschaftliche angesehen, und führen schon ihrer Natur nach die Editionsverbindlichkeit mit sich. Dieß ist der Fall bey Bilateralkontracten, bey Handelsbüchern, bey den Rechnungsbüchern der Argentarien [17]), ferner bey Correspondenzen, welche über ein zu Stande gekommenes Geschäft, wie besonders unter Kaufleuten der Fall ist, gegenseitig gewechselt worden sind, u. d. wovon schon an einem andern Orte [18]) gehandelt worden ist. Auch hier kann

15) *L.* 5. *L.* 8. *pr. D. Famil. ercisc.*

16) Kossel cit. Diss. §. 6. et 7.

17) *L.* 4. *L.* 6. *L.* 9. §. 3. *D. de edendo.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 286. b. und von Almendingen angef. Abhandl. §. 5. u. §. 6. S. 348. ff.

18) S. §. 1167. S. 20. dieses Theils.

die Klage aus dem Contract gebraucht werden [19]; zuweilen ist eine blosse Imploration hinreichend [20].

In beyden Fällen ist das Recht von Jedem die Urkunden-Edition zu fordern, unbeschränkt, derjenige, von dem sie verlangt wird, sey Parthey, oder ein Dritter, er sey Kläger, oder Beklagter [21].

3) Das Recht, die Edition einer Urkunde zu fordern, kann endlich auch in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze gegründet seyn. Dahin gehört

a) daß jeder der streitenden Theile, ja jeder Dritte, welcher ein gegründetes Interesse bescheinigen kann, die Vorlegung der Gerichts-Acten zu verlangen, befugt ist [22].

b) Kann jeder die Edition der Urkunden fordern, welche er von einem Andern zum Zweck seiner Angelegenheiten hat verfertigen lassen, wenn sie ein Dritter in Händen hat [23].

19) *L. 9. pr. D. de edendo.*

20) S. den 4. Th. dieses Commentars S. 40.

21) *Car. Jac.* Manso Diss. sub tit. Reus ab editione instrumentorum non immunis, sed perinde, ac actor, ad eam obligatus est. *Jenae* 1788. von Gönner angef. Motive. 2. B. 2. Abth. S. 427.

22) *L. 2. Cod. de edendo.* Impp. Severus et Antoninus. Is, apud quem res agitur, acta publica, tam civilia quam criminalia, exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem iubebit.

23) *L. 3. §. 14. D. ad Exhibendum.* Ulpianus *lib. XXIV. ad Edictum.* Interdum *aequitas exhibitionis* efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, *in fa-*

c) Nach einer Constitution des Kaisers Justinian, welche Cujaz[24]) aus den Basiliken restituirt, und zuerst griechisch edirt, Leunclavius nachher ins Lateinische übersetzt, und dann Contius, als eine Lex restituta, dem Coder wiedergegeben hat, wo sie sich *L.* 22. *Cod. de fide instrum.* [25]) befindet, soll jeder Besitzer einer Urkunde,

ctum tamen actio detur, ut *Julianus* tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: has rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. Ait *Julianus*, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni: quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est, meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri, *in factum* igitur mihi *actionem* competere.

24) Observation. Lib. X. cap. 8.

25) Nach des Leunclavius Uebersetzung lautet sie folgendermaßen: Imp. Iustinianus. Si postuletur ab aliquo in iudicio, ut instrumentum non adversus se ipsum, sed alium quendam producat, quod alteri prosit, idque producere recuset, ut qui damnum inde metuat: verum is, qui exhiberi chartam petit, nequaquam eum laedendum dicat, sed pecuniam ipsum ab illis accepisse, qui per instrumentum exhibendum coarguendi sunt: vult constitutio, *ut is, qui habet instrumentum, id ipsum proferat, siquidem ex illius prolatione nihil ipse damni sensurus sit. Sin reapse detrimentum ei prolatum instrumentum adferat, nequaquam eum cogi ad proferendum debere: cum ei magis expediet, id occultare, quam publicare.* Quod si affirmat is, cui opus est instrumento, nihil ei fraudis ex eo futurum: duntaxat iusiurandum praestet, quod existimando se fidei suae detrimentum pati propter instrumenti exhibitionem, eam ipsam ob cau-

welche zur Entscheidung eines streitigen Rechts beytragen kann, zur Vorlegung derselben auf Verlangen der Par-

sam proferre chartam recuset: et quoniam sibi damno id fore putat, curiosius sacramentum praestet atque dicat, *se non quia pecuniam acceperit, vel quid aliud non proferendae chartae causa, vel quod muneris promissionem habeat, nec metu illius, contra quem instrumentum requiratur, nec eiusdem amore, chartae exhibitionem recusare, sed quia magnum ex eo circa facultates suas detrimentum capiet.* Nam quemadmodum is, qui quadam in causa verum scire putatur, invitus quoque testimonium dicere cogitur, neque si pecuniam promissam habet ob non perhibendum testimonium, neque si adversus amicos testimonium dicturus venit, recusare testimonium potest: ita nec is recusare potest, a quo instrumenti exhibitio desideratur, vel propterea, quod aliquid acceperit, aut accepturum se speret, vel ob amicitiam cum illo, cui damno futurum est instrumentum. Sed si quis iuret, se instrumentum, quod desideratur, non habere: prorsus id proferre, quod non habet, haud cogitur: sin eiusmodi sacramentum praestare non sustinet, omnino cogitur desideratum instrumentum exhibere: quod si semet occultaverit, quasi qui nec iurare, nec instrumentum edere velit, omne damnum, quod hinc emerget ei, qui opus est instrumento, de suo compenset: iisdem obtinentibus etiam in argentariorum aliorumque brevibus. *Ceterum illi codices, vel instrumenta proferre cogantur, qui et testimonium dicere adversus aliquem coguntur. Nam in quas personas invitus quis testimonium non dicit, adversus easdem nec codices, vel instrumenta, vel quid aliud tale proferre cogitur.* Notissimi sunt autem ex legibus, qui adversus aliquos inviti testimonium dicere

then, welche sich derselben zur Begründung ihres Rechts bedienen will, eben so gut verpflichtet seyn, als ihm, die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnißes obliegen würde, wenn er dazu wäre aufgefordert worden. Nichts soll ihn von dieser Editionsverbindlichkeit befreyen, als wenn er eidlich versichert, daß nicht Feindschaft oder Gunst, nicht Bestechung oder Furcht, sondern nur die Besorgniß, an seinem eignen Vermögen Schaden zu leiden, ihn zur Editionsverweigerung bestimme. Jedoch soll auch in allen den Fällen, in welchen man nicht gezwungen werden kann, wider Jemanden Zeugniß abzulegen, der Urkundenbesitzer mit der Zumuthung, gegen solche Personen Urkunden zu ediren, verschont bleiben. Immer soll übrigens die Edition auf Kosten desjenigen geschehen, der sie verlangt. Ob nun wohl diese Constitution, als eine lex non glossata, auf gerichtliches Ansehen keinen Anspruch machen kann; so behauptet man dennoch, daß sie in der Praxis gelte, weil sie die Analogie von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnißes für sich habe, in näherem Betracht diese Edition die Stelle eines Zeugnißes vertrete, und gleichsam in der Reihe eines stillen Zeugnißes stehe 26). Möge also auch

non coguntur, sicut et ii, contra quos aliqui testimonium perhibere non coguntur. Nec ulli licet aliter cogere ut exhibeantur instrumenta, nisi in eodem iudicio, in quo causa agitur: idque *sumtibus eius, qui codicis aut instrumentorum exhibitionem fieri desiderat.*

26) Danz Grundß. des ordentl. Proz. §. 316 b. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4473. Thibaut System des Pand. Rechts. B. 3. §. 1270. von Gönner angef. Motive 2. Band 2. Abth. S. 428. Günther Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1129.

immerhin die Constitution ihrer Form nach kein gesetzliches Ansehen haben; materiell sey doch die Sanction derselben gültig, insofern sie aus Prämissen folge, welche ohnehin von der Gesetzgebung anerkannt sind. Wäre freylich jener Grund gegen den dritten Besitzer einer Urkunde durchgreifend; befände sich der Urkundenbesitzer, mit dem zum Zeugnißablegen Aufgeforderten, in gleichem Verhältnisse; so könnte man unbedenklich der Praxis huldigen. Allein daß dieses nicht der Fall sey, daß der zur Edition einer Urkunde Genöthigte oft weit übler daran seyn würde, als derjenige, dem der Gerichtszwang ein Zeugniß abnöthiget, hat Herr von Allmendingen in der angeführten treflichen Abhandlung über Urkundenedition[27]) genügend dargethan. Der Zeuge soll doch nur seine Wissenschaft über das, was er von dem zu beweisenden, einen Dritten betreffenden Factum weiß, eröfnen. Er kann also bey seinen mündlichen Außagen die ihn betreffenden Thatumstände von denen trennen, die das zu beweisende Factum betreffen. Dem Besitzer der Urkunde hingegen steht eine solche Trennung nicht frey. Er muß den Inhalt seiner ganzen Urkunde Preis geben, weil die Urkunde nicht stückweise, sondern vollständig dem Gericht vorgelegt werden muß[28]). Der gegen den letztern zu verhängende Zwang erscheint also offenbar als ein weit härterer und empfindlicherer Eingriff in seine Eigenthumsrechte, als der gegen den Zeugen. Zwar soll der Urkundebesitzer, gegen sich selbst andere zu bewafnen, eben so wenig gezwungen

27) In Grolman's Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts. 1. B. S. 356. ff.

28) *L. 1. §. 4. D. de edendo.*

werden, als ein Zeuge zum Zeugnißgeben gegen sich selbst; oder gegen nahe verbundene Personen gezwungen werden soll. Aber auch hier werden beyde nur scheinbar nach einem gleichen Grundsatz behandelt. Bey dem Zeugen zeigt sich's dem Richter, noch ehe er denselben darüber vernimmt, schon aus der blosen Einsicht der Beweisartikel, ob jener Fall hier eintrete oder nicht, der Zeuge darf also nicht erst zur eidlichen Versicherung genöthiget werden, daß er, ohne sich selbst zu schaden, kein Zeugniß ablegen könne. Der Inhalt der Thatumstände, über welche Zeugniß abgelegt werden soll, das bekannte Verhältniß des Zeugen zu den Personen, gegen welche er auftreten soll, entscheiden die Frage gleichsam a priori. Ganz anders ist das Verhältniß beym dritten Besitzer einer Urkunde. Hier mußte das Gesetz die eidliche Versicherung zulaßen, daß derselbe, ohne eigenen bedeutenden Schaden an seinem Vermögen zu besorgen, das Geheimniß seiner Urkunde nicht Preiß geben könne, weil es das Gesetz, ohne in eine Absurdität zu fallen, hier auf die Production der Urkunde selbst nicht ankommen lassen konnte. Aber oft ist es gerade diese Versicherung, welche sein Geheimniß verräth. Oft ist der durch die Edition einer Urkunde für den Besitzer zu besorgende Nachtheil schon dadurch gestiftet, daß man erfährt, die Urkunde sey in seinen Händen. Mein Geheimniß besteht oft darin, daß Niemand weiß, daß ich ein Geheimniß besitze.

4) Dem Fiskus müßen, vermöge eines besondern Vorrechts, auch wenn er Kläger ist, die zur Begründung seines Anspruchs gehörigen Urkunden, von dem Gegner edirt werden, wenn nur die Sache eine Civilsache ist. Nach Mauricians Zeugniß sollten zwar nur dem Delator,

wenn er im Namen des Fiscus auf Einziehung vacanter Erbschaften und caduca klagte, die darauf sich beziehenden Documente von dem Beklagten edirt werden, und dieses war durch ein Senatusconsult verordnet worden [29]. Allein durch ein Rescript der *Divorum Fratrum* ward die allgemeine Regel aufgestellt, daß in jeder den Fiscus betreffenden Sache der Gegner zur Edition der Urkunden verbunden seyn solle, quotiens de iure capiendi, vel de iure dominii, vel de aliqua causa simili, re

29) *L.* 3. *D. de edendo.* Senatus censuit, ne quisquam eorum, a quibus quid fisco petetur, alia instrumenta *delatori* cogatur edere, quam quae ad eam causam pertinerent, ex qua se deferre professus esset. Daß dieses Fragment aus Mauriciani *libro II. de poenis* genommen ist, beweißt noch nicht, daß das gedachte Recht des Fiscus ins röm. Strafrecht, und nicht ins Privatrecht gehört habe. Denn die delatores, von denen hier die Rede ist, sind keine peinlichen Ankläger, sondern diejenigen, welche bona vacantia und caduca dem Fiskus anzeigten, und im Namen des Fiskus von den Inhabern derselben einklagten, wie schon Voet in Comm. ad Pand. Lib. II. Tit. 13. §. 18. bemerkt hat. Daß Maurician in seinen Büchern de poenis hiervon gehandelt hat, ist wohl sehr begreiflich. Den Delatoren waren zwar Belohnungen ausgesetzt, um sie ad caduca deferenda zu reitzen, welche Nero bis auf den vierten Theil herabgesetzt hatte. Suetonius in *Nerone* Cap. 10. Davon erhielten sie den Namen *Quadruplatores.* Julius Capitolinus in *M. Anton. Pio.* Cap. 7. Sie wurden aber auch hart bestraft, wenn sie fälschlich Unschuldige angegeben hatten. Suetonius *in Tito.* Cap. 8. *L.* 15. *pr. et* §. 1. *D. de iure fisci.* Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Commentar. Lib. III. Cap. 10. pag. 443. sqq.

nummaria quaeratur. Nur in causa capitali sollte dieses nicht gelten, wie uns Callistratus [30]) lehrt. Justinian konnte daher immerhin die Lex caducaria aufheben, und das Recht des Fiscus im Betreff der Urkundenedition dennoch gültig bleiben [31]). Aber offenbar widerrechtlich ist es, wenn dieses Vorrecht des Fiscus von einigen Practikern [32]) auf die Kirchen ausgedehnt werden wollen, wie schon Böhmer [33]) gezeigt hat, welcher aber auch darin zu weit geht, daß er es auf Ehesachen ausdehnt [34]). Der Grund, daß der Richter in solchen Sachen ungebundener sey, und mehr der Billigkeit folgen könne, als an das strenge Recht gebunden sey, wird wenigstens, bey dem Mangel eines Gesetzes, Niemanden überzeugen. Endlich

5) ist der Kläger verbunden, dem Beklagten alle Urkunden zu ediren, welche den Beweis seiner Einreden betreffen. Die Gesetze lassen hierüber keinen Zweifel übrig. Denn so verordnet der Kaiser Alexander

L. 5. Cod. de edendo. Non est novum, eum, *a quo petitur pecunia*, implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit.

Und ebenderselbe

30) *L. 2. §. 2. D. de iure fisci.*

31) S. *Ant.* Merenda Controvers. iuris Lib. XX. Cap. 44. (edit. splendidiss. *Bruxellis* 1746. fol.) Tom. IV. P. I. pag. 58.

32) Mevius Tom. I. P. V. Decis. 317. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XXXVIII. Cor. 3.

33) Iur. Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. XXII. §. 14. Thibaut Syst. des Pand. R. 3. Th. §. 1270.

34) Boehmer ist hier der Meinung des Berger Elect. processus matrimon. §. 38. beygetreten.

L. 6. Cod. eod. Iustum est desiderium eius, *a quo pecunia petitur*, licet nomine publico, ut rationibus publicis exhibitis constet, quantum sub nomine suo solutum sit.

L. 8. Cod. eodem. Et quae a D. *Antonino* patre meo, et quae a me rescripta sunt, cum iuris et aequitatis rationibus congruunt. Nec enim diversa sunt, vel discrepantia, quod multum intersit, an ex parte eius, qui aliquid petit, quique doli exceptione submoveri ab intentione petitionis suae potest, rationes promi Reus desideret, *quibus se posse instruere contendit*, quod utique ipsa rei aequitas suadet: an vero ab eo, a quo aliquid petitur, Actor desideret rationes exhiberi: *quando hoc casu non oportet originem petitionis ex instrumentis eius, qui convenitur, fundari.*

Aus der Vergleichung dieser Gesetzstellen erhellet klar, daß hier nicht von der editio instrumentorum die Rede sey, welche der Beklagte nach der alten Römischen Gerichtsordnung gleich bey der editio actionis verlangen konnte. Denn diese Urkunden betrafen den Beweis der Klage, und durch die Edition derselben sollte der Beklagte blos in den Stand gesetzt werden, bey sich zu überlegen, ob er sich mit dem Kläger in einen Prozeß einlassen, oder denselben ohne Prozeß befriedigen wolle. Von dieser Edition ist an einen andern Orte [35]) gehandelt worden. Daß diese Edition sich blos auf die Beweisführung des Klägers bezog, erhellet ganz deutlich aus der Stelle Ulpians *L. 1. §. 3. D. de edendo:* Edenda sunt omnia, quae quis apud

35) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 286. S. 34.

iudicem editurus est: non tamen ut et instrumenta, *quibus quis usurus non est*, compellatur edere. Aus eben dem Grunde konnte denn auch der Kläger von dem Beklagten verlangen, daß er ihm die zur Begründung der vorgeschützten Exceptionen in den Händen habenden Beweisurkunden vorlege, um sich darnach bestimmen zu können, ob es nicht vielleicht rathsamer sey, von der Klage abzustehen. Es ließ sich dieses auch um so mehr rechtfertigen, weil der Beklagte, in Beziehung auf die demselben obliegende Beweisführung, nach der Regel: reus excipiendo fit actor [36]), mit dem Kläger, wie auch Voet [37]) ganz richtig bemerkt hat, auf gleicher Linie steht. Von dem allen ist nun hier nicht die Rede. Die angeführten Gesetzstellen aus dem Codex reden vielmehr von den Documenten, deren Edition der Beklagte von dem Kläger zum Beweise seiner Einreden, oder, mit andern Worten, zur Begründung seiner Vertheidigung wider den Kläger verlangen kann [38]). Das Verhältniß zwischen dem Kläger

36) *L.* 1. *D. de exception.* Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: *nam reus in exceptione actor est.* Diese Stelle ist aus eben dem *libro IV.* Ulpiani *ad Edictum* genommen, aus welchem auch die *L.* 1. *D. de edendo* entlehnt ist; zum deutlichen Beweise, daß nach Ulpians Auslegung dasjenige, was wegen der Edition der Klage und deren Beweismittel in dem Edict geschrieben stand, aus gleichem Grunde auch von dem Beklagten galt, wenn er der Klage eine in facto beruhende Exception entgegensetzte, wie *Hugo* Donellus in Commentariis iuris civ. Lib. XXIII. Cap. 7. mit der ihm eignen Gründlichkeit gezeigt hat.

37) Commentar. in Pand. Lib. II. Tit. 13. §. 18.

38) Anderer Meinung ist jedoch *Jac.* Cujacius Interpre-

und dem Beklagten ist hier, wie Kaiser Alexander zeigt, nicht von gleicher Art. Sehr treffend wieß daher sein Vater Antoninus Pius den Kläger Aemilius, welcher von seiner Gegnerin die Vorlegung ihrer rationum domesticarum verlangte, mit seinem Gesuche zurück, indem er ihm zur Resolution ertheilte [39]: Ipse dispice, quemadmodum pecuniam, quam te deposuisse, dicis, *deberi tibi probes.* Der Grund dieser Verschiedenheit ist vielleicht darin zu setzen. Der Kläger hat es in seiner Gewalt, ob er klagen will oder nicht; er muß sich also auch in Zeiten um die Beweismittel bekümmern, wodurch er seine Klage begründen will [40], und kann sich nicht den Beweis durch Urkunden verschaffen, welche das Eigenthum des Beklagten sind; der Beklagte hingegen kann dem Prozeß nicht ausweichen. Er wird daher, als der angegriffene Theil, auch mehr begünstiget, als der Kläger [41]. Deswegen halten es die Gesetze für billig, ihm die Urkunden auszuhändigen, die zu seiner Vertheidigung dienen, und betrachten die Vorenthaltung derselben als einen Dolus [42]. Kann hingegen der Kläger nicht beweisen, so muß er abgewiesen werden, wie derselbe Kaiser Antonin *L. 4. Cod. eodem* rescribirt.

tation. iuris Lib. I. cap. 38. pag. 160. sqq. (*Liburni* 1657. f.)

39) *L. 1. Cod. de edendo.*

40) *L. 42. D. de reg. iur.*

41) *L. 125. D. eodem.*

42) *Jo. Dom.* Martucius Variar. Explanationum iuris. Lib. I. cap. 26. glaubt, die Gesetze hätten bey dem Unterschiede zwischen dem Kläger und dem Beklagten das Absehen gehabt, ut finem litibus imponerent.

Qui accusare [43]) volunt, probationes habere debent: cum neque iuris neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. *Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit.*

Nach den angeführten Gesetzen kann also der Kläger von dem Beklagten die Edition der Urkunden nicht verlangen, wodurch er seine Klage begründen will. Fast allgemein wird jedoch behauptet, daß der Beklagte alsdann zur Edition verbunden sey, wenn der Kläger dieselbe verlangt, um den Einreden des Beklagten begegnen zu können [44]). In den Gesetzen ist jedoch diese Ausnahme nicht gegründet. Zwar ist die Replik, wie Ulpian [45]) sagt, nichts anders, als eine Exception, wodurch der Kläger die Einrede des Beklagten zu entkräften sucht; allein daß er deswegen eben so, wie der Beklagte, zu begünstigen sey, wird nirgends gesagt, und kann auch nicht seyn, weil er ja durch die Vernichtung der Einreden des Beklagten blos seine Klage zu begründen sucht, mithin die Documente von dem Beklag-

43) Das Wort *accusare* wird hier im uneigentlichen Sinn für klagen, agere, genommen, wie es öfters gebraucht wird. S. Brissonius de Verbor. iur. Significat. voc. *Accusare.* num. 3.

44) Voet Comm. ad Pand. c. l. §. 18. Stryk Us. mod. Pand. Lib. II. Tit. 13. §. 18. Danz Grundf. des ord. Proz. §. 318. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4474. Günther Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1229. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 3. B. §. 1270.

45) *L. 2. §. 1. D. de except.*

ten in der That zur Begründung seiner Klage verlangen würde [46]).

Nach dem Canonischen Recht soll auch der Beklagte, wenn er wegen des Zinswuchers in Anspruch genommen worden ist, mittelst der censura ecclesiastica seine Rechnungsbücher vorzulegen genöthiget werden. Die Verordnung des Pabst Clemens *V. Cap. un.* §. 1. *Lib. V. Tit. 5. Clementinar. de Usuris* lautet folgendermaßen:

> Ceterum, quia foeneratores sic ut plurimum contractus usurarios occulte ineunt et dolose, quod vix convinci possunt de usuraria pravitate: *ad exhibendum, cum de usuris agetur, suarum codices rationum, censura ipsos decernimus ecclesiastica compellendos.*

Da die deutschen Reichsgesetze [47]) jede Obrigkeit anweisen, über die Abstellung alles wucherlichen Handels unter Androhung einer namhaften Geldstrafe, wenn sie hierin mit Wissen säumig erfunden würde, von Amtswegen zu halten; so läßt sich wohl an der heutigen Anwendbarkeit dieser päbstlichen Verordnung nicht zweifeln, mag auch immerhin der Haß des kanonischen Rechts gegen die Zinsen dieselbe veranlaßt haben. Daß freylich an die Stelle der censura ecclesiastica der geistlichen Gerichte jetzt andere Zwangsmittel treten müssen, versteht sich von selbst [48]).

46) S Kossel Diss. de causis obligationis ad edenda instrumenta. §. 16. und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 6. B. Erört. XIX.

47) Reichs=Polic. Ord. vom J. 1577. Tit. 17. §. 8.

48) S. Car. Leop. Goldschmidt's Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozesse Nr. VII. §. 3. u. 4. Danz Grundsf. des ord. Prozesses §. 318. Thibaut Syst. des Pand. R. §. 1270.

Uebrigens geht Hellfeld wohl offenbar zu weit, wenn er dem Richter erlauben will, dem Beklagten sogar von Amtswegen die Herausgabe der in Händen habenden Urkunden aufzulegen, wenn der Prozeß anders keinen Ausgang gewinnen kann. Es beruhet auch auf einem offenbaren Mißverstande der *L.* I. *Cod.* de edendo, wenn Leyser [49]), bey der Edition der Urkunden alles dem richterlichen Ermessen anheim stellen will [50]).

§. 1172.

Verfahren bey dem Editionsgesuche der Urkunden. Editionseid.

Wer nun Edition der Urkunden verlangt, muß 1) zeigen, daß einer von den angeführten rechtlichen Gründen vorhanden sey, denn darin beruhet sein Interesse. Er muß auch 2) beweisen, daß derjenige, von welchem er die Edition der Urkunden verlangt, dieselben wirklich besitze, und kann sich deshalb gegen denjenigen, welcher solche zu besitzen verneinet, der Eidesdelation bedienen [51]). Man nennt diesen Eid den Editionseid, welcher dahin geht, daß der Schwörende die von ihm verlangten Urkunden weder besitze, noch auch solche böslicher Weise zu besitzen aufgehört habe [52]). Dieser Eid hat ganz die Natur eines

49) Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XXXVIII. Medit. 1.

50) S. Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XXIII. Cap. 7.

51) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XXXVIII. medit. 3. Mevius T. II. P. VII. Obs. 280.

52) Mehrere dehnen den Eid noch dahin aus, daß der Schwörende auch nicht wisse, wer sonst die geforderte Urkunde in Händen habe, und wo sie sich befinde. S. *de* Cramer Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 130.

angetragenen Eides; man behauptet zwar gewöhnlich, daß er von der Natur desselben darin abweiche, daß er weder zurückgegeben, noch durch eine Gewissensvertretung umgangen werden könne [53]. Allein zu dieser Abweichung ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Führt derjenige, von welchem die Edition verlangt wird, Umstände an, weswegen er die Urkunde nicht besitze, welche dem Producenten eben so gut bekannt sind; so ist nicht abzusehen, warum der Eid nicht sollte zurückgeschoben werden können, oder warum die Gewissensvertretung durch Beweis nicht Statt finden sollte [54]. Der Eid für Gefährde würde denn aber nur in dem Falle nöthig seyn, wenn das Interesse des Imploranten nicht schon vorher außer Zweifel wäre gesetzt worden. Diejenigen hingegen verwerfen ihn ganz, welche den Editionseid für einen gesetzlichen Eid halten, den der Richter auflegt [55]. Dieß würde aber nur denn der Fall seyn, wenn der die Edition Verlangende solche Gründe beygebracht hätte, welche es wahrscheinlich machen, daß derjenige, von welchem er die Edition verlangt, die Urkunde besitze [56].

[illegible] nt
Nettelbladt Vers. einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 758. und Schneider Lehre vom rechtl. Beweise. §. 289.

53) Schaumburg Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. III. Cap. 3. §. 6. Not. Danz Grundß. des ord. Prozeßes. §. 315. u. 319.

54) S. Malblanc Doctrina de iureiurando. §. 47. nr. 5. und Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 198. S. 409.

55) Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 281.

56) Schaumburg cit. loc. §. 5.

Wäre jedoch irgendwo die Verordnung der *L. 22. Cod. de fide instrum.* geltend, oder wäre in irgend einer Prozeßordnung der Grundsatz sanctionirt, daß von einem jeden Dritten die Edition einer ihm allein gehörenden Urkunde in einem solchen Falle gefordert werden könne, wo gegen denselben ein Zwang zum Zeugnißablegen Statt findet; so würde es jetzt noch einen andern Editionseid geben, wodurch der Dritte, von dem die Edition verlangt worden ist, beschwört, daß er die Urkunde ohne eignen Nachtheil nicht ediren könne[57].

§. 1173.

Zwangsmittel gegen den die Edition Verweigernden.

Verweigert der Edent die Herausgabe der Urkunde, so ist der Ungehorsame entweder ein Dritter oder die Gegenparthey. Jener wird mit Strafen bedrohet, welche dann auch bey fortdauerndem Ungehorsam vollzogen werden können. Er kann auch, wenn diese fruchtlos bleiben sollten, zur Schadloshaltung verurtheilt werden, so wie der Implorant solche durch seinen Eid bestimmt[58]. Ist hingegen einer der streitenden Theile ungehorsam, so wird, wenn der Beweisführer bloß Abschriften beygebracht hat, nach vorausgegangener Verwahrung erkannt, daß die Urkunden für edirt und anerkannt zu achten.

57) Grolman a. a. O. Not. a. und b. Gönner Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren in bürg. Rechtssachen 1. B. 2. Buch Kap. 6. §. 1. und Desselben Motive. 2. B. 2. Abth. S. 428.

58) Nettelbladt Anleitung zur pract. Rechtsgelahrtheit. §. 758.

Sind aber nicht ~~einmal Copien inducirt, so kann~~, praevia comminatione, erkannt werden, daß die Artikel, bey welchen die Urkunden als Beweismittel angegeben worden, für eingeräumt zu halten [59].

59) *L.* 2. §. 1. *L.* 10. *D, de in litem iur.* Danz Grundſ. des ord. Proz. §. 319.

Lib. XXII. Tit. V.

De Testibus.

§. 1174.

Begriff von Zeugen.

Zeugen (Testes) sind ~~Personen~~, welche entweder dazu ernannt sind, um in Rücksicht einer Thatsache, von welcher die Entscheidung eines Rechtsstreits abhängt, auszusagen, was sie von jener, als factisches Verhältniß, oder Ereigniß, mit ihren äußern physischen Sinnen wahrgenommen haben [60]), oder dazu erfordert werden, um von einem gewißen Vorgange Wissenschaft zu erhalten, und zugleich durch ihre Gegenwart einem Geschäfte die gesetzliche Form und Gültigkeit zu geben [61]). Der Begriff, den Hellfeld giebt: *Testes* sunt

60) So sagt Pabst Calixtus in Gratian's Decret *can.* 15. *Caus. III. Qu.* 9. Testes praesentes de his, quae noverunt et viderunt, veraciter testimonium dicant. Nec de aliis causis vel negotiis dicant testimonium, nisi de his, quae sub praesentia eorum acta esse noscuntur.

61) *L.* 11. *Cod. Qui potiores in pignore.* *L.* 23. *Cod. ad SCtum Vellejan.* Die Gesetze brauchen die Ausdrücke *testari*, *testato* aliquid facere, und *testatio*, wenn eine Handlung in Gegenwart von Zeugen vorgenommen wird. *L.* 22. *D. h. t.* *L.* 8. §. 8. *D.*

personae ad fidem super veritate rei faciendam idoneae, steht mit seiner, gleich im folgenden §. gegebenen, Eintheilung der Zeugen, daß sie entweder inhabiles, oder suspecti oder classici sind, im offenbaren Widerspruche. Soll freylich durch dieses Beweismittel Ueberzeugung des Richters bewirkt werden, so müssen die Zeugen classisch seyn, d. i. es muß ihren Aussagen Glauben beyzumessen seyn. Dieß ist auch der Gesichtspunct, aus welchem der römische Jurist Aurelius Arcadius Charisius [62], der ein ganzes Buch von Zeugen geschrieben hat, in der daraus entlehnten *L.* 1. *D. h. t.* dieses Beweismittel betrachtet, wenn er sagt:

Testimoniorum usus frequens ac necessarius est, et ab his praecipue exigendus, quorum fides non vacillat.

Zwar kann hier der Ausdruck testimonia nicht mit Gerhard Noodt [63] durch Zeugen erklärt werden, weil

Mandati. *L.* 1. §. 3. *D. de peric. et comm. rei vend.* *L.* 1. *D. Quod iussu.* *L.* 122. §. 5. *D. de Verb. Oblig.* *L.* 238. §. 1. *D. eodem.* *L.* 4. *D. de fide instrum.* *L.* 7. *pr. D. de sponsal.* *L.* 5. §. *ult. D. de admin. et peric. tuto,* S. *Herm.* Oosterdyk Disp. ad Fragmenta, quae ex *Venuleji Saturnini* libris de officio Proconsulis supersunt. Cap. III. §. 2. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. pag. 495. sqq.) und Schrader ad h. Tit. pag. 72. Not. z.

62) S. *Christ.* Rau Diss. de Aurelio Acadio Charisio vetere ICto. *Lipsiae* 1773.

63) Commentar ad Dig. h. t. Princ. pag. 479.

die folgenden Worte *ab his* dazu nicht passen, als welche erst das Subject bezeichnen, dessen Zeugniß vor Gericht erfordert wird [64]). Eben so wenig können aber auch die testimonia gerade von schriftlichen Zeugnissen verstanden werden, wovon sie Salmasius [65]) erklären will. Denn da Hadrian [66]) dergleichen schriftliche Privatzeugnisse aus den Gerichten verband wissen will, und ihnen alle Beweiskraft abspricht, dagegen aber die Gegenwart der Zeugen, und deren Abhörung vor Gericht zur unerläßlichen Be-

64) S. Schrader ad h. Tit. Dig. pag. 20. Not. c.

65) Ad ius Atticum et Rom. Cap. 30. pag. 779. Testimonia werden zwar freylich in dieser Bedeutung von Testes unterschieden, wie ich schon oben §. 1157. S. 5. bemerkt habe, und noch mehrere Belege dazu giebt *Gisbert* Koen in Diss. crit. iur. ad loca quaedam iuris et alia depravata. *Franequ.* 1758. Cap. I. (in *Ger.* Oelrichs Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar. Vol. I. Tom. III. pag. 5. sqq.) Allein daß das Wort *Testimonium* eine ausgedehntere Bedeutung hat, lehrt uns Quinctilian. *Institut. Orator.* Lib. V. Cap. 7. wo er sagt: Testimonia dicuntur aut *per tabulas*, aut *a praesentibus.* Nach Suidas Tom. II. p. 504. nannte man die Testimonia testium praesentium μαρτυρίαι, und die Testimonia absentium testium scriptis comprehensa ἐκμαρτυρίαι. Auf diesen Unterschied bezieht sich auch die Stelle des Heliodorus *Aethiop.* Lib. X. pag. 489. Πᾶσα δίκη καὶ κρίσις, ὦ βασιλεῦ, δύο τὰς μεγίστας ἀποδείξεις οἶδε, τάς τε ἐγγράφους πίστεις, καὶ τὰς ἐκ τῶν μαρτύρων βεβαιώσεις: i. e. *omnis causa iudiciumque duas maxime habet probationes, Tabulas, quibus absentium inscripta sunt testimonia, ac praesentium testium adfirmationes.*

66) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.*

dingung macht [67]), wie konnten sie dennoch von Seiten des Nutzens und der Nothwendigkeit empfohlen werden? Das Wort *testimonium* wird also hier in seiner eigentlichen Bedeutung für diejenige Handlung genommen, da der Zeuge seine Wissenschaft über ein factisches Verhältniß mündlich eröffnet [68]). Solche Zeugnisse müssen nur eine getreue Darstellung der streitigen Thatsache enthalten, so wie sie die Zeugen aus eigner Erfahrung wissen, und da-

67) Nämlich wenn deren Stellung und Abhörung vor Gericht leicht möglich war. Wo nicht, so pflegte man auch Testimonia scripta zu recitiren. Dieß war z. B. der Fall, wenn eine ganze Stadt, ein Municipium ein öffentliches Zeugniß zum Lobe oder zum Tadel einer gewissen öffentlichen Person durch Legaten nach Rom schickte, wovon die Reden des Cicero mehrere Beyspiele enthalten. Z. B. die *in Verrem* Lib. II. cap. 46. 64. et 67. et III. cap. 31. ferner die *Oratio pro Flacco* cap. 16. et sq. *pro Archia Poeta.* Cap. 4. Daher die bey den lateinischen und griechischen Rednern häufigen Formeln: *Recita testimonium*, *recita tabulas.* *Λέγε μοι τὴν μαρτυρίαν.* S. B. Brissonius de formulis et solemn. Pop. Rom. verbis. Lib. V. cap. 209. Hierauf bezieht sich vielleicht das Rescript des Kaisers Hadrian *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* wo er sagt; *alia est auctoritas praesentium testium*, *alia testimoniorum*, *quae recitari solent:* tecum ergo delibera (nämlich *Gabinius Maximus*, an welchen dieses Rescript gerichtet ist, vermuthlich eine der streitenden Partheyen) ut si retinere eos velis, des eis impendia. S. *Gisb.* Korn cit. Diss. ad loca quaedam iuris et alia depravata. Cap. I. (in Oelrichs *Thes.* cit. Vol. I. Tom. III. pag. 5.)

68) S. *B.* Voorda ad *Jani a* Costa Praelection. ad illustrior. quosd. titulos locaq. sel. iur. civ. pag. 261.

her von solchen Personen gegeben werden, deren Glaubwürdigkeit keinem Zweifel unterworfen ist [69]. Denn Zeugnisse sind Abbildungen, sagt Tevenar [70] sehr treffend, welche Personen, die das Geschäft oder der Streit eigentlich nicht angeht, von einer Begebenheit, oder von der Beschaffenheit einer Sache machen, die sie erfahren haben. Die Personen, welche diese Abbildungen machen, werden Zeugen genennt, und sind gleichsam ein Spiegel, worin wir vergangene Handlungen und Begebenheiten sehen. —

Die Zeugen sind nun entweder blosse Beweiszeugen, welche auch gerichtliche Zeugen genennt zu werden pflegen, oder es sind Instruments- und Solennitätszeugen, deren Gegenwart nicht blos zum Beweise, sondern auch zur Form gewisser Geschäfte von den Gesetzen erfordert wird. Beyde Arten von Zeugen sind auf mancherley Art von einander unterschieden [71].

1) Instruments- und Solennitäts-Zeugen werden bey Errichtung eines Rechtsgeschäfts zu dem Zweck hinzugezogen, daß sie wissen sollen, was vorgeht, um nicht nur durch ihr Zeugniß dem Geschäft Glauben, sondern auch demselben durch ihre Gegenwart die gesetzliche Form

69) Die Leseart *exigendus* in Beziehung auf usus hat keinen rechten Sinn. Schrader l. c. not. e. pag. 21. will daher lieber *exigenda sunt* lesen.

70) Theorie der Beweise im Civilprozeß. 2. Abschn. 4. Kap. S. 138. nach der neuen Auflage von Jury.

71) *Christ. Ferd.* Harpprecht Conclusion. pract. de differentia testimonii iudiciarii et instrumentarii. *Tüb.* 1751.

zu verschaffen. Allein bloße gerichtliche Beweiszeugen werden zu dem Ende ernannt, um von ihnen zu erfahren, ob und was sie von dem streitigen Factum wissen.

2) Solennitäts-Zeugen müssen zur Beywohnung des Geschäfts erbeten seyn [72]). Ein Zwang findet bey ihnen so wenig Statt, daß sogar deshalb das Geschäft ungültig ist [73]). Die gerichtlichen Beweiszeugen aber brauchen nur ernannt zu werden [74]), und dürfen die Ablegung eines Zeugnisses in der Sache nicht verweigern [75]).

3) Als Beweiszeugen gelten auch Frauenspersonen, und solche, welche gerichtlich erklärte Verschwender sind, aber nicht als Instruments- und Solennitätszeugen [76]).

72) *L.* 21. §. 2. *D. Qui testam. fac. poss. Nov. XC. cap.* 2. S. *Em.* Merillius Observat. Lib. VIII. cap. 37.

73) *L.* 20. §. 10. *D. eodem.*

74) *L.* 11. *D. h. t.* Ad fidem rei gestae faciendam etiam *non rogatus* testis intelligitur. S. Schrader ad h. Tit. Dig. pag. 52. Not. a.

75) Vid. *L.* 16. *Cod. h. t. et Tit. Decretal. de testibus cogendis.* II. 21.

76) §. 6. *I. de testam. ord. L.* 18. *pr. L.* 20. §. 6. *D. Qui testam. fac. poss.* S. *Ant.* Schulting Thesium controversar. Decad. C. Th. 2. 3. et 4. und Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit 1. B. 3. Betracht. Die Verordnung des Canon. Rechts *Can.* 17. *et* 19. *C. XXXIII. Qu.* 5. *Cap.* 10. *X. de Verbor. Signif.* wird jetzt nicht mehr berücksichtiget. S. dieses Commentars 1. Th. §. 78. S. 410.

4) Die Beweiszeugen müssen vereidiget werden, wenn man ihrer Aussage Glauben im Gericht beylegen soll [77]. Bey Instrumentszeugen ist dieses gewöhnlich der Fall nicht, so lange nicht über die Aechtheit der Urkunde, die sie unterschrieben haben, Zweifel entsteht [78].

5) Die Solennitätszeugen können oft einen sehr nahen Antheil an dem Geschäft haben, bey welchem sie hinzugezogen werden, wie z. B. der Legatar als Testamentszeuge [79]; überhaupt können hier manche als Zeugen gelten, welche als Beweiszeugen nicht zuläßig sind [80], z. B. der emancipirte Sohn beym Testament seines Vaters.

6) Gerichtliche Beweiszeugen müßen zu der Zeit tüchtig seyn, da sie vor Gericht Zeugniß ablegen sollen [81]. Allein bey Instruments- und Solennitätszeugen beurtheilt man die Tüchtigkeit derselben nach der Zeit, da das Geschäft vorgenommen wurde; waren sie damals tüchtig, so schadet eine nachher eingetretene Unfähigkeit derselben nichts [82].

77) *L.* 9. *C. de Testib. Cap.* 51. §. 5. *et cap.* 23. X. *eod. Jac.* Cujacius Commentar. ad h. Tit. *Oper.* Tomi IV. P. I. pag. 926.

78) S. Harpprecht Dissert. cit. Concl. VII.

79) §. 11. *I. de testam. ord. L.* 20. *pr. D. Qui test. fac. poss.*

80) Harpprecht cit. Diss. Concl. XIV — XVI.

81) *L.* 3. §. 5. *D. de Carbon. Edicto. L.* 11. *Cod. de Testib. Cap.* 10. *X. de Verb. Signif.* Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11.

82) *L.* 22. §. 1. *D. Qui testam. fac. poss.* Conditionem testium tunc inspicere debemus, *cum signarent*, non mortis tempore. Si igitur tunc, *cum signarent*, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit.

7) Als Beweiszeugen genügen gewöhnlich schon zwey [83]. Allein zur Form eines Geschäfts werden gewöhnlich mehr, als zwey Zeugen erfordert [84].

Endlich

8) gerichtliche Beweiszeugen müßen vernommen werden. Allein Instrumentszeugen legen schon durch ihre Unterschrift ein Zeugniß ab [85]. Es braucht also nur diese recognoscirt, oder deren Aechtheit erwiesen zu werden [86].

§. 1175.

Verschiedenheit der Zeugen in Rücksicht ihrer Glaubwürdigkeit. Woraus ist letztere zu beurtheilen?

Soll durch Zeugen eine Ueberzeugung des Richters bewirkt werden, so müßen die Zeugen nicht nur persönliche Glaubwürdigkeit verdienen, sondern ihre Außagen müssen auch genügend ausfallen. Das erste Erforderniß hängt theils von ihrer Fähigkeit, die Wahrheit zu vernehmen, ab, theils von ihrem guten Willen, die gemachte Wahrnehmung unverfälscht wieder mitzutheilen und auszusagen. Die Fähigkeit eines Zeugen setzt voraus, daß er gesunde Sin-

83) *L.* 12. *D. h. t.* Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficient.

84) *L.* 17. *Cod. Si certum petatur. L.* 20. *C. de fide instrum. L.* 11. *Cod. Qui potior. in pignore. Nov. LXXIII. Cap.* 2.

85) *L.* 17. *Cod. Si certum petat.* wo gesagt wird: chirographum per testium subscriptiones testimonium capere; und *L. ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo* werden die Unterschriften der Testamentszeugen depositiones testium genannt.

86) S. Meine Opuscula iurid. Fasc. I. p. 78. sqq.

nen habe, um richtig wahrnehmen zu können, und auch sein Gedächtniß getreu sey, um das Empfundene auf Erfordern ordentlich und mit allen Umständen zu reproduciren. Um aber den guten Willen eines Zeugen, welchen man seine moralische Fähigkeit, im Gegensatz jener physischen, nennen kann, richtig zu beurtheilen, kommt es theils auf den moralischen Character des Zeugen an, so weit man solchen aus seinen vorherigen Verhältnißen und Handlungen kennt, theils auf das persönliche Verhältniß, in welchem der Zeuge mit demjenigen steht, für oder gegen welchen er aussagt, theils auf sein Verhältniß gegen die Sache, worüber er zeuget, wobey denn der individuelle Vortheil in Betrachtung kommt, welchen ihm etwa sein Zeugniß verschaffen könnte [87]. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 2. *h. t.* Modestinus *libro VIII. Regularum.* In testimoniis [88]) autem *dignitas*, *fides*, *mores*, *gravitas* [89]) examinanda est: et ideo testes, qui

87) von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 2. Th. VII. Abschnitt §. 2 — 5. und *Eb. Christph.* Canz Tr. de probabilitate iuridica. §. 130. sqq.

88) Cod. Erl. lieset zwar in testibus. Eben so Chevallon, Merlin und Baudoza. Allein die florentinische Leseart, welche auch Haloander, Hugo a Porta, Miräus, Russard und Charondas haben, verdient unstreitig den Vorzug. Sie wird auch durch das Zeugniß des Scholiasten Tom. II. Basilicor. pag. 538. bestärkt. In den Basiliken selbst aber p. 511. heißt es: *ἐπὶ τῶν μαρτύρων. in testibus.*

89) *Gravitas* ist hier so viel, als constantia, Festigkeit, Standhaftigkeit, und steht der Leichtsinnigkeit gegenüber, welche Cicero *in Orat. pro Flacco* Cap. 4. et 5. den

adversus fidem suae [90]) testationis vacillant [91]), audiendi non sunt.

L. 3. CALLISTRATUS *libro IV. de Cognitionibus.* Testium *fides* diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt [92]) in primis

griechischen Zeugen zum Vorwurf macht. S. CUJACIUS Comm. ad h. Tit. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 926.

90) TAURLLIUS, dem auch RUSSARD, CHARONDAS, *Hugo a* PORTA, GOTHOFREDUS und GEBAUER gefolgt sind, lieset *suam.* Allein die Leseart *suae*, welche Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin, und Baudoza haben, ist vorzuziehen. Diese Leseart wird auch durch die *Basilica* T. II. pag. 512. unterstützt, wo es heißt: *διόπερ οὐκ ἀκούονται, οἱ ἐναντιούμενοι τοῖς ἐν, ἐκμαρτυρίῳ αὐτῶν εἰρημένοις.* i. e. *et ideo non audiuntur, qui contria dicunt iis, quae in testatione sua continentur.* Cod. Erl. hat ebenfalls *suae* testationis. S. SCHRADER pag. 24. not. q.

91) *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate. Lib. I. cap. 6. (in OTTON. Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 1105.) versteht diese Worte von einem Instruments-Zeugen, welcher gegen seine eigene Unterschrift, contra signum wie Modestin *L.* 17. §. 1. *D. de Lege Cornel. de fals.* sagt, ein falsch Zeugniß ablegt.

92) So lesen TAURELLIUS, und alle alte Ausgaben, welche ich verglichen habe. Mit dieser Leseart stimmt auch unser Cod. Erl. überein. Dem Zusammenhange der Worte scheint nun freylich die Leseart exploranda *erit* mehr zu entsprechen, welcher SCHRADER p. 24. aus einem Stuttgarter Codex den Vorzug giebt. Ich trage indessen Bedenken, um dieses einzigen Codex willen, die mit allen übrigen Codd. und allen alten Ausgaben übereinstimmende gemeine Leseart zu ändern, da Callistratus

conditio cuiusque: utrum quis decurio, an[93]) plebeius sit, et an honestae et inculpatae vitae, an vero notatus quis et reprehensibilis[94]); an locuples, vel egenus[95]) sit, ut lucri causa quid facile admittat; vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei, pro quo testimonium dat: nam si careat suspicione testimonium vel propter personam, a qua fertur, quod honesta sit; vel propter causam, quod neque lucri, neque gratiae neque inimicitiae causa fiat: admittendus est. — §. 1. Ideoque *Divus* HADRIANUS Vivio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit, eum, qui iudicat, magis posse scire, quanta fides adhibenda sit testibus. Verba epistolae haec sunt: *tu*

wohl unstreitig wegen der von ihm angeführten mancherley Verhältnisse, welche bey der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu berücksichtigen sind, den Pluralis absichtlich gesetzt hat.

93) SCHRADER liefet aut.

94) Das Wort notatus scheint auf die wahre Infamie, die man iuris nennt, der Ausdruck reprehensibilis aber auf die sogenannte infamia facti hinzudeuten. SCHRADER pag. 25. not. u.

95) TAURELLIUS hat egens. Allein die meisten Handschriften so wie auch unser Cod. Erl. haben *egenus*. Unter den Ausgaben aber nur *Chevallon*. Die übrigen, Haloander, Hugo a Porta, Miräus, Russard, Charondas, Merlin und Baudoza haben egens. Der erstern Leseart giebt SCHRADER p. 25. den Vorzug. Ueber den Einfluß der Armuth auf Treue und Redlichkeit der Zeugen s. CUJAC Comm. ad h. Tit. und FINESTRES Hermogenian. pag. 970—972.

magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus: qui et cuius dignitatis, et cuius existimationis sint; et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatum sermonem attulerint [96]), *an ad ea, quae interrogaveras* [97]), *ex tempore verisimilia responderint.*

Steht nun also einem Zeugen, nach den hier angegebenen Eigenschaften und Verhältnissen, worauf der Richter bey der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit desselben zu sehen hat, weder in Rücksicht der Fähigkeit, die Wahrnehmung des bestrittenen Thatumstandes richtig aufgefaßt zu haben, noch in Rücksicht des Willens, dieselbe unverfälscht mitzutheilen, ein Zweifel entgegen; so wird er ein völlig glaubwürdiger Zeuge, *Testis classicus*, *Testis omni exceptione maior* genennt, Fehlt es hinge-

96) In den Scholien der Basiliken Tom. II. pag. 539. lit. g. heißt es: *καὶ τίνες ἁπλούστερον δοκοῦσι διαλέγεσθαί τε καὶ μαρτυρεῖν, καὶ πότερον μίαν καὶ τὴν ἀυτὴν μεμελετημένην ἀφιᾶσι φωνήν.* Und not. n. wird das *simpliciter* erklärt: *ἀποικίλων, καὶ μὴ ἀπὸ συμβουλῆς*, i. e. *non callide, nec ex compacto.* Not. o. *σημείωσαι, ὅτι ἐὰν πολλοὶ τοῖς ἀυτοῖς ἐν τῇ μαρτυρίᾳ χρήσονται ῥήμασιν, ὡς ἐκ μελέτης δοκοῦντες μαρτυρεῖν.*

97) *Pet.* BONDAM Specim. contin. animadversiones criticas ad loca quaedam iuris civ. depravata. *Franequ.* 1746. Cap. XI. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 215.) will lieber *interrogaveris* lesen. Er beruft sich auf das Zeugniß des JOANN. SARESBERIENSIS in Policratico Lib. V. cap. 14. pag. 507. (edit. *Lugd. Batav.* 1639.) Er emendirt daraus auch die *L.* 3. §. 2. *h. t.*

gen an einem dieser Erfordernisse, so ist der Zeuge entweder ganz untüchtig, oder verdächtig. Unfähige Zeugen, *testes inhabiles* sind solche Personen, welche aus physischen oder moralischen Ursachen von der Ablegung eines Zeugnisses ausgeschlossen sind. Diese sind entweder schlechterdings unfähig, wenn sie in keiner Sache als Zeugen aufgeführt werden können, oder relativ unfähig, wenn sie nur in der gegenwärtigen Sache, und in bestimmten Verhältnissen unzuläßig sind. Ist hingegen ein Zeuge zwar nicht unzuläßig, es treten aber doch bey ihm Umstände ein, welche es zweifelhaft machen, ob er richtig wahrnehmen konnte, oder seine Wahrnehmung unverfälscht mittheilen wollte, und dessen Zeugniß daher keine völlige Glaubwürdigkeit verdient; so heißt er ein verdächtiger Zeuge (testis *suspectus*, s. *non classicus*).

Der Unterschied besteht nun darin, daß

1) unfähige Zeugen gar nicht als Zeugen zu betrachten sind, und daher auch nicht abgehört werden dürfen, wenn man vor der Abhörung den Grund ihrer Unfähigkeit weiß.

2) Verdächtige Zeugen hingegen werden abgehört, jedoch unter Vorbehalt der ihnen entgegenstehenden Einwendungen, und der Richter hat dann aus den Umständen zu beurtheilen, welche Glaubwürdigkeit ihrem Zeugniß beyzulegen sey [98]. Ja es können zuweilen Zeugen, die sonst verdächtig sind, den Character der vollen Glaubwürdigkeit erlangen, wenn die Parthey, welche gegen ihre Glaubwür-

98) *L.* 3. §. 1. *et* 2. *L.* 13. *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CLXXXIII. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 3. Bd. §. 1167.

digkeit Einwendungen machen konnte, gegen ihre Person und Aussagen nichts einwendet [99]), oder sie sogar selbst für sich als Zeugen anführt [100]). Ja sie werden als vollgültige Zeugen in solchen Fällen angesehen, wo nach Beschaffenheit der Sache die Wahrheit auf andere Weise nicht ausgemittelt werden kann, d. i. wenn die Handlung von der Art ist, daß sonst nicht leicht Jemand anders, als diese Personen, davon Wissenschaft haben kann [1]). Von unfähigen Zeugen gilt dieses nicht [2]).

3) Auch bey einem völlig glaubwürdigen Zeugen ist die Möglichkeit des Beweises von der Wirklichkeit wohl zu unterscheiden [3]). Letztere erfordert, ausser jener, noch eine genügende Aussage von wenigstens zwey Zeugen zu einem vollständigen Beweise [4]). Davon ein Mehreres §. 1185.

99) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 37. Gönner's Handbuch des gemeinen Prozesses 1. B. Nr. X. §. 25. und dessen Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in den Motiven 2. B. 2. Abth. S. 480.

100) Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse. 1. Bd. h. t. §. 10. S. 127.

1) *Cap. ult. X. de testib. cog. Cap.* 3. X. *Qui accus. possunt. matrim.* Pufendorf Observat. iur. univ. T. I. Obs. 140. Westphal a. a. O. §. 9.

2) Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 56. und Tom. II. P. VI. Obs. 416.

3) S. Martin's Lehrbuch des bürg. Proz. §. 182.

4) *L.* 9. §. 1. *Cod. de testib. L.* 12. *D. eodem.*

§. 1176.

Unfähige Zeugen.

Physisch unfähig zur Ablegung eines Zeugnisses sind diejenigen, welchen Vernunft und die zur Beobachtung erforderlichen Sinne fehlen [5]). Dahin gehören 1) Rasende und Wahnsinnige. Treten bey solchen Personen lichte Zwischenräume ein, wo sie den Gebrauch des Verstandes wieder haben, so können sie zwar über Thatsachen, die sie in solchen Zeiten wahrgenommen haben, ein Zeugniß geben; ihr Zeugniß gilt aber nur als Instrumentszeugniß bey feyerlichen Handlungen, wo mehrere Zeugen zugleich hinzugezogen werden [6]); als gerichtliche Beweiszeugen hingegen sind sie für vollgültig nicht anzunehmen [7]). 2) Blinde in Ansehung solcher Gegenstände, welche nur durch das Gesicht, und Taube, in Ansehung solcher Gegenstände, welche nur durch das Gehör wahrgenommen werden können. Bey beyden wird jedoch vorausgesetzt, daß sie schon zur Zeit der zu bezeugenden Begebenheit in diesem Zustande waren [8]). Doch kann ein Tauber über das, was er gesehen, und ein Stummer, welcher schreiben kann, über das, was er gehört hat, ein Zeugniß ablegen [9]). Ein Gleiches gilt von Taubstummen [10]).

5) Canz Tr. de probabilitate iurid. §. 141. sqq.

6) *L.* 20. §. 4. *D. Qui testam. fac. possunt.*

7) S. Schneider vom rechtlichen Beweise §. 110. Zu allgemein drücken sich hierüber aus Lauterbach Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 12. und Canz cit. Tr. §. 142.

8) *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. C. Th. 2. Canz c. l. §. 142. Schneider a. a. O. §. 112.

9) Claproth's Einleitung in den bürg. Prozeß. §. 260.

10) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12. in fin.

Juristisch unfähig sind 1) Unmündige, welche auch nach erlangter Mündigkeit über das, was sie in ihrer Unmündigkeit erfahren haben wollen, kein gültiges Zeugniß ablegen können [11]). Callistratus sagt zwar *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* Lege Julia de vi cavetur, ne *hac lege* in reum [12]) testimonium dicere liceret, — *quive impubes erit;* und wenn Ulpian *L.* 19. §. 1. *D. h. t.* sich ganz allgemein ausdrückt: Sed nec *pupillis* testimonium denunciari potest, so handelt er doch *libro VIII. de Officio Proconsulis*, woraus die letztere Stelle genommen ist, von Criminal-Gerichten, wie aus *L.* 1. *D. de quaestionibus*, und noch zehn anderen Stellen erhellet, welche alle aus demselben Buche des Ulpian genommen sind [14]). Deswegen behaupten denn mehrere Rechtsgelehrten [15]), daß es in Civilgerichten anders sey. In Civilsachen seyen Unmündige, wenn sie nur pubertati proximi sind, für zuläßige Zeugen zu halten, ob sie wohl freylich nicht als testes omni exceptione maiores angesehen werden könnten. Allein der Grund, den Calli-

11) Anderer Meinung sind zwar Berger in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 24. §. 3. not. 1. und Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 16. allein mit Recht verwirft diese Meinung Thibaut im System des Pand. Rechts. 3. B. §. 1168. Eben so Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

12) i. e. in reum hac Lege accusatum, wie Accursius diese Worte ganz richtig erklärt.

13) Die hier angeführten Worte der Lex Julia de vi befinden sich auch in der *Collatio Mosaicarum et Romanar. Legum* Tit. 9. §. 2.

14) S. *Abr.* Wieling Iurisprud. restituta pag. 298.

15) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. et 14. Canz cit. Tract. §. 142. Not. d.

stratus anführt, daß sie propter lubricum consilii sui zur Ablegung eines Zeugnisses nicht zugelassen werden könnten, ist ganz allgemein; sie werden daher auch bey Testamenten nicht als Zeugen zugelassen [16]. Ohne Zweifel wollte daher auch Tribonian durch die Aufnahme jener Fragmente in diesen allgemeinen Titel denselben eine grössere Ausdehnung geben [17]. 3) Diejenigen, welche als Meineidige, oder durch andere infamirende Handlungen, wegen welcher sie durch Urtheil und Recht für infam erklärt worden sind, oder wegen eines schweren peinlichen Verbrechens sich des bürgerlichen Glaubens unwürdig gemacht haben [18]. Nach dem Civilrecht dürfte es zwar noch zweifelhaft seyn, ob alle diejenigen, welchen eine infamia iuris anklebt, für schlechterdings unfähige Zeugen zu halten seyen, wenn man die *L.* 3. §. 5. und die *L.* 13. *D. h. t.* mit einander vergleicht. Allein das Canonische Recht schließt sie schlechterdings aus der Reihe der Zeugen aus [19]. Das Canonische Recht hält sogar Jeden, welcher peinlich angeklagt ist, während des Prozeßes für unfähig, so lang er

16) §. 6. *I. de testam. ord. L.* 20. *pr. D. Qui testam. fac. poss.*

17) *Hugo* Donellus de Testibus. Cap. 1. pag. 228. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. C. Th. 5. und Schrader ad h. T. pag. 56. not. 5.

18) *Can.* 18. *Caus. VI. Qu.* 1. *Cap.* 9. *X. de test.* Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18. Müller ad *Struvium* Tom. II. Exercit. XXVIII. Th. 38. not. π. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 86. Schneider Lehre vom gerichtl. Beweise. §. 114. u. 115.

19) *Can.* 15. *Caus. VI. Qu.* 1. *Cap.* 10. 13. 20. 54-56. *X. h. t.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 10.

seine Unschuld nicht bewiesen hat [20]. 4) Diejenigen, welche Geld oder Geldeswerth von einer der streitenden Partheyen angenommen, oder sich haben versprechen lassen, um günstig für sie auszusagen [21]. 5) Diejenigen, welchen Kraft ihres öffentlichen Amts Geheimnisse anvertrauet worden, sofern sie darüber ein Zeugniß ablegen sollen, zu welchen auch Geistliche in Betreff dessen gehören, was ihnen in der Beichte anvertraut worden [22]. Hellfeld gedenkt derselben erst §. 1178. 6) Ketzer und Juden wider orthodoxe Christen [23], welches jedoch jetzt nicht mehr beobachtet wird [24]. 7) Zeugen in ihrer eigenen Sache. Nullus enim idoneus testis in re sua intelligitur, sagt Pomponius *libro I. ad Sabinum* [25]; und eben so rescribiren auch die Kaiser Valens und Valentinianus *L.* 10. *Cod. h. t.* Eine *propria causa* wird aber, wie Ulpian lehrt *L.* 1. §. 11. *D. Quando appellandum sit*, diejenige genannt, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. Wenn also der Zeuge bey dem Ausgange der Sache, worin er Zeug-

20) *Cap. ult. X. de testib.* Boehmer c. l. §. 6. Thibaut a. a. O. §. 1168.

21) *L.* 2. §. 5. *D. h. t.* Quive ob testimonium dicendum, pecuniam accepisse iudicatus, vel convictus erit.

22) *Cap.* 2. *X. de officio et potest. iud. deleg.*

23) *L.* 21. *C. de haeret. Cap.* 1. *X. eodem. L. ult. Cod. de Judaeis.*

24) Boehmer Jur. Eccl. Protest. c. l. §. 3. und von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozesse 2. Absch. 4. Kap. S. 148 f.

25) *L.* 10. *D. h. t.*

niß ablegen soll, ein eigenes Interesse hat, d. i. direct Nutzen zu hoffen, oder Schaden zu fürchten hat, so ist sein Zeugniß verwerflich [26]). Ein Mehreres davon §. 177. 8) Eltern und Kinder können weder für noch gegen einander ein gültiges Zeugniß ablegen. Testis idoneus, agt Paulus *Libro I. ad Sabinum* [27]), pater filio, aut filius patri non est; und die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren *L. 6. Cod. eodem:* Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt. Mehrere Rechtsgelehrten [28]) wollen zwar diese Vorschriften des Römischen Rechts bloß auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt beschränken, und den Grund darin setzen, weil Vater und Sohn für eine Person juristisch zu halten wären, so lange der letztere sich in der väterlichen Gewalt befindet. Diese Meinung hat auch die Auctorität des griechischen Scholiasten für sich, welcher jene Pandectenstelle folgendermaßen erläutert [29]): Ο ὑπεξούσιος ὢν δηλονότι. δοκεῖ γὰρ ἑαυτῷ μαρτυρεῖν μαρτυρῶν τῷ πατρί. εἰ δὲ γένηται αὐτεξούσιος, ἀκωλύτως μαρτυρεῖ, καὶ ὡς ἐν ἀλλοτρίῳ πράγματι πιστέυεται. i. e. *Qui scilicet in potestate est: nam qui patri testis est, sibi ipsi testimonium dicere videtur. Si vero sui iuris factus sit, non*

26) Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. Th. §. 1700. *Frid. Wilh. Ant.* LAYRITZ Disquisit. iurid. de teste sua in causa. *Baruthi* 1795.

27) *L. 9. D. h. t.*

28) *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 15. Thibaut System des Pand. Rechts. 3. B. §. 1169. lit. G.

29) *Basilica* Tom. II. pag. 550. Schol. e.

prohibetur testimonium perhibere, et, ut in alieno negotio, fides ei adhibetur. Ja es scheint selbst der Zusammenhang der *L.* 9. mit der folgenden *L.* 10. diese Meinung zu rechtfertigen, welche letztere wahrscheinlich den Grund von der vorhergehenden *L.* 9. enthält. Denn der Sohn, welcher für den Vater ein Zeügniß ablegen wollte, in dessen Gewalt er sich befindet, würde Zeuge in seiner eignen Sache seyn. Hierzu kommt, was Julian lehrt *L.* 201. *D. de Verbor. Signif.* daß nach einer iusta interpretatio der Name *filius* sowohl einen filiusfamilias als eine filiafamilias bezeichne. Vergleicht man vollends die übrigen Fragmente, welche aus eben desselben Pauli *libro I. ad Sabinum* genommen sind [30], so erhellet daraus, daß Paulus daselbst von den Wirkungen der väterlichen Gewalt gehandelt habe. Was könnte nun also wohl natürlicher, als die Folge seyn, daß den Kindern und Eltern das gesetzliche Verbot, für einander Zeugniß abzulegen, alsdann nicht mehr entgegenstehe, wenn die Kinder nicht mehr in der väterlichen Gewalt sind? Diesen Schluß macht auch der griechische Scholiast, und Pufendorf. Doch räumt letzter ein, daß wenn auch in diesem Falle ihr Zeugniß für einander nicht verwerflich sey, so verdiene es doch wegen der nahen Verwandtschaft keinen vollkommenen Glauben. Die meisten Rechtsgelehrten [31] erklären indeßen die oben angeführten gesetzlichen

30) *L.* 3. *D. de ritu nuptiar. L.* 7. *D. de liber. et postum. L.* 9. *D. eodem. L.* 11. *D. de vulg. et pup. substit. L.* 7. *D. de acquir. vel omitt. hered.* S. *Abr.* Wieling Jurisprud. restituta. Tom. I. p. 196.

31) *Jo.* Voet Commentar. ad Dig. h. t. §. 3. *Jan. a* Costa Praelection. ad illustriores quosd. titulos locaque.

Vorschriften ganz allgemein, und halten Eltern und Kinder sowohl für als gegen einander für unfähige Zeugen, wenn auch letztere nicht mehr in der väterlichen Gewalt sind, und diese Meinung verdient allerdings den Vorzug. Es kann immerhin seyn, daß Paulus *libro I. ad Sabinum* von den Folgen der väterlichen Gewalt gehandelt habe, woraus die *L.* 9. *h. t.* genommen ist. Daß er aber das gesetzliche Verbot, nach welchem Eltern und Kinder weder für noch wider einander als Zeugen zugelassen werden sollen, auf dieses Verhältniß nicht habe einschränken wollen, erhellet aus desselben *Receptis Sententiis* Lib. V. Tit. 15. §. 3.[32]) wo er sagt: Adversus se invicem parentes et liberi, itemque liberti, nec volentes ad testimonium admittendi sunt: *quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit.* Derselbe Paulus, welcher der Verfaßer der *L.* 9. *D. h. t.* ist, ist es also auch, von dem der Ausspruch herrührt, den die Kaiser Diocletian und Maximian von ihm entlehnt haben. Allein er leitet den Grund seines Ausspruchs nicht aus dem Umfang der väterlichen Gewalt her, sondern setzt ihn in der nahen Verwandtschaft, und der daher entstehenden natürlichen Zuneigung zwischen so nahen Blutsfreunden, welche kein unpartheyisches Zeugniß erwarten läßt. Diesen Grund hebt die Endigung der väterlichen Gewalt nicht auf. Es kann folglich auf die Beurtheilung der Gültigkeit ihres Zeugnißes

selecta iuris civ. ad L. 6. Cod. h. t. pag. 266. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 607. Nr. V. Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1700. not. b. und besonders F. A. Freiherr von Ende vermischte juristische Ausführungen. Hannover 1816. 4. Nr. XI. S. 139—144.

keinen Einfluß haben, ob das Verhältniß der väterlichen Gewalt noch Statt findet, oder aufgelößt ist. Der Grund, welcher aus dem Zusammenhange der *L.* 9. mit *L.* 10. *h. t.* genommen wird, ist sehr willkührlich. Denn daß die Worte testis in re sua sich nicht auf das persönliche Verhältniß des Zeugen, sondern auf das Verhältniß zur Sache, über welche das Zeugniß abgelegt werden soll, beziehen, ist schon oben bemerkt worden. Es kann uns daher auch nicht weiter irre machen, wenn Julian *L.* 201 *D. de Verb. Signif.* sagt: Iusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione *filii*, sicut filiamfamilias contineri saepe respondimus, ita et nepos videatur comprehendi. Julian handelte *libro LXXXI. Digestorum*, woraus diese Stelle genommen ist, von Vermächtnissen [33]), bey denen sehr oft die Frage entsteht, ob unter dem Namen filius auch Tochter und Enkel begriffen sind? wie Jac. Cujaz [34]) und Joh. Göddäus [35]) mit mehreren Beyspielen erläutert haben. Daß es dabey zugleich auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt ankommen konnte, hat keinen Zweifel. Man denke z. B. an die tutela testamentaria, bey welcher die Bedeutung des Worts *filius* zur Sprache kommen konnte, wie Ulpian *L.* 16. *D. de testam. tut.* in Beyspielen

32) S. *Ant.* Schulting Jurisprud. vet. Antejust. pag. 488.

33) S. *L.* 102. *D. de legat. I. L.* 13. *D. de lib. legat.* welche aus demselbigen Buche genommen sind. *Abr.* Wieling Jurisprud. restituta. pag. 71.

34) Commentar. ad. Tit. D. de Verbor. Signif. ad L. 84 h. t.

35) Commentar. repetit. praelect. in tit. XVI. Lib. L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 201. D. h. t. Man vergleiche auch *Jul. a* Beyma Commentar. in eundem titulum. ad L. 84. h. t.

zeigt. Allein daß auch ohne Beziehung auf väterliche Gewalt unter der Benennung filius alle Kinder verstanden werden, lehrt Javolenus *L.* 84 *D. de Verbor. Signif.* Ein Beyspiel giebt Scävola *L.* 41. §. 6. *D. de legat. III.* An Ablegung eines Zeugnisses konnte also wohl kein Gedanke seyn. Mit Recht sagt daher Schrader [36]), daß das Wort *filius* in der *L.* 9. *h. t.* nicht gerade einen filiusfamilias, sondern *omnem filium* bezeichen. Wenn nun aber gleich das Zeugniß der Eltern weder für noch wider die Kinder gilt, so glauben doch viele [37]), daß in Prozeßsachen der Kinder unter sich die Eltern vollgültige Zeugen wären, weil hier die Zuneigung gegen beyde Theile gleich groß sey. Allein dagegen hat schon Voet [38]) erinnert, daß hierdurch das Verbot der Gesetze nicht aufgehoben, vielmehr auf eine doppelte Art dagegen gehandelt werde.

36) Ad h. Tit. L. 9. not. r. p. 51.

37) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 140.

38) Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin. Man sehe auch von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit 1. Th. 7. Absch. §. 8. und Schneider Lehre vom rechtlichen Beweise §. 119. Letzter behauptet richtiger, daß Eltern in den Rechtssachen ihrer Kinder in Ansehung solcher Gegenstände als Zeugen zugelassen werden könnten, welche ihrer Natur nach blos im Innern der Familie genau bekannt seyn können; z. B. wenn es darauf ankommt, den Tag der Geburt, oder des Todes eines Kindes zu beweisen. Andere fügen auch noch Ehesachen hinzu. *Cap.* 5. *X. Qui matrim. accusare poss.* Hommel Rhapsodia quaestion. for. Vol. I. Obs. 211. voc. *Parentes*, und Claproths Einleitung in den ord. bürg. Prozeß. 2. Th. § 260. Nr. 4.

§. 1177.

Verdächtige Zeugen.

Zeugen sind verdächtig I. wegen ihres Alters, welche noch nicht zwanzig Jahre alt sind.

L. 20. D. h. t. Venuleius *libro II. de iudiciis publicis.* In testimonium accusator citare non debet eum, qui — minor viginti annis erit.

Sowohl die Ueberschrift als der Inhalt dieser Stelle lehrt jedoch, daß dieses nur auf den Criminalprozeß geht, und vielleicht durch die *Lex Iulia iudiciorum publicorum* war bestimmt worden [39]). Ob nun wohl keinem Zweifel unterworfen ist, daß einem Zeugen nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahre in peinlichen Fällen, sofern seiner Glaubwürdigkeit sonst nichts entgegensteht, volle Beweiskraft zuzuschreiben sey [40]); so läßt sich doch die Meinung derjenigen nicht rechtfertigen, welche behaupten, daß die Verordnung des Röm. Rechts, welche zu einem vollgültigen Zeugniß in peinlichen Sachen die Zurücklegung des zwanzigstens Jahres erfordert, in den deutschen Gerichten nicht beobachtet werde, sondern nach dem Canonischen Rechte ein Alter von vierzehen Jahren genüge [41]). Es ist vielmehr der Unterschied von Wichtigkeit, welchen mit Beystimmung der Praxis die meisten heutigen Crimi-

39) S. Schrader ad h. tit. Pand. pag. 64. not. aa.

40) S. Stübel's Criminalverfahren in den deutschen Gerichten. 2. Band §. 855. und Tittmann's Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 4. Th. §. 819.

41) *Can.* 15. *Caus. XXII. Qu.* 5. S. Meister's rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen 3. Th. Decis. LXXVIII. nr. 52. S. 349 f.

nalrechtslehrer [42]) machen, nämlich ob von Verurtheilung des Verbrechers in die verwirkte ordentliche Strafe, oder blos von Bestärkung eines Verdachts gegen den Inquisiten, oder von einer ausserordentlichen Strafe die Rede sey. In dem ersten Falle wird allerdings zur vollen Beweiskraft eines Zeugen ein Alter von fünf und zwanzig Jahren erfordert. In den übrigen Fällen aber werden im Criminalprozesse auch jüngere Zeugen zugelassen, wenn sie nur die Mündigkeit erreicht haben. Im Civilprozeß ist es ausser Zweifel, daß schon diejenigen als gültige Zeugen zugelassen werden, welche das achtzehnte Jahr zurückgelegt haben, und zwar ohne Unterschied des Geschlechts [43]).

II. Wegen persönlicher Zuneigung oder Abneigung gegen den, welchen das Zeugniß betrifft, Freunde des Producenten, und Feinde des Producten. Wie weit aber Freundschaft oder Feindschaft die Glaubwürdigkeit schwäche, kommt auf den Grad derselben an. Der höchste Grad der Freundschaft wird zwischen Ehegatten angenommen, weil das Band der Liebe und der wechselseitigen Vortheile zwischen denselben der Regel nach lebenswierig, und selbst durch die Gesetze geheiliget ist. Diese Personen verdienen daher sehr wenigen Glauben, wenn sie für einander etwas bezeugen sollen. Gegen einander aber kann ihnen gar keine Glaubwürdigkeit zugeschrieben werden, weil ein hoher Grad von Feindschaft und Haß vorausgehen

42) von Quistorp Grundf. des peinlichen Rechts 2. Th. §. 693. Rangft über den Beweis in peinlichen Sachen. § 65. und Meister pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. B. Bemerk. XVII. Nr. 13.

43) S. Hommel Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. I. Obs. 211. verb. *Puberes.* pag. 364.

muß, wenn Ehegatten gegen einander zeugen sollen [44]. Nach der Verordnung der Kaiser Valerianus und Gallienus [45]): Etiam iure civili domestici testimonii fides improbatur, sollte eigentlich das Zeugniß eben so wenig für als gegen einander gelten, wie auch Wernher [46]) und Hommel [47]) behaupten. Allein die Praxis verwirft das Zeugniß derselben nicht schlechterdings, wie Leyser [48]) aus Beyspielen erwiesen hat. Außerdem schließt die bloße Freundschaft unter Personen, welche nicht so genau, wie durch das Band der Ehe, mit einander verknüpft sind, vom Zeugniß nicht aus; sie kann indessen allerdings in einem solchen Grade Statt finden, daß sie wenigstens das Zeugniß für den Freund verdächtig macht [49]). Hierauf bezieht sich auch wohl nur der Ausspruch des Callistratus [50]), wenn er sagt, man solle bey der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen auch auf die Ver-

44) von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit 1. Th. 7. Abschn. §. 8.

45) *L.* 3. *Cod. h. t.* S. *Jan. a* Costa Praelection. ad illustrior. quosd. titulos locaque select. iuris civ. ad h. L. pag. 256. sq.

46) Select. Observation. for. Tom. II. P. VI. Obs. 176.

47) Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 76.

48) Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXIII. Medit. 19. 20 et 21.

49) *Can.* 12. *Caus. III. Qu.* 5. Farinacius de Testibus. Qu. LV. n. 238. Mascardus de Probation. Concl. LXXXVI. nr. 8. Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. V. Th. 8. lit. F. Wernher Sel. Obs. for. Tom. III. P. II. Obs. 292. Leyser Specim. CCLXXXIII. medit. 24. Man sehe auch *Jo. Christ. Benj.* Kunze Diss. de testibus amicis. *Altorfii* 1790.

hältnisse der Freundschaft Rücksicht nehmen. Auch die Feindschaft hat ihre Grade. Den höchsten Grad nennt man gewöhnlich eine tödliche Feindschaft, (*inimicitiae capitales*), welche einen solchen Haß voraussetzt, der unauslöschlich, und daher lebenswierig ist [51]. Die Gesetze sprechen zwar immer von einer solchen Feindschaft, welche durch eine peinliche Anklage entstanden ist, wenn sie der inimicitiae capitales gedenken [52]. Nur diese will auch Cujaz [53] für eine tödliche Feindschaft gelten laßen, Allein daß hierauf die Bedeutung von capitale nicht einzuschränken sey, hat schon Püttmann [54] gezeigt. Es wird vielmehr jeder hoher Grad der Feindschaft, sofern sie sich schon in Thatsachen ausgesprochen hat, aus welchen die Absicht des Zeugen, den Producten zu schaden, hervorgeht, mit dem Namen einer tödlichen Feindschaft bezeichnet [55]. Ein solcher Zeuge ist entweder ganz zu verwerfen, oder sein Zeugniß ist wenigstens sehr verdächtig. Callistratus giebt dieses auch zu erkennen, wenn er in der angeführten *L. 3. pr. D. h. t.* sagt: In persona testium explorandum esse, — *an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert.* Eben so spricht Justinian *L. 17. C. h. t.* von inimicitiae, *ex quibus testes repelli leges praecipiunt;* und in der Novelle *XC.*

50) *L. 3. pr. D. h. t.*

51) S. von Globig angef. Theorie der Wahrscheinlichkeit. a. a. O. §. 13. S. 127.

52) *L. 31. §. 2. D. de adim. legat. L. 3. §. 11. eodem. L. 6. §. 17. D. de excusat. Nov. XC. Cap. 7.*

53) Comm. ad L. 6. D. de excusat. (Oper. Tom. II. pag. 195.) Ihm stimmen auch *Ev.* Otto und *Jan. a* Costa in Comm. ad §. 11. Instit. de excusation. bey.

54) Adversarior. iuris universi. Lib. I. Cap. 1.

Cap. 7. verordnet derselbe: Si quis eum, qui testimonium dicturus est, sibi inimicum, forte etiam ab illo accusatum esse dicat: *siquidem statim probaverit causam criminalem inter eos agitari*, non accedat ad testimonium, qui adeo ei inimicus est, *ut ipsum criminis etiam reum postulet.* Si vero alia ratione inimicus esse, vel pecuniariter eum convenisse dicatur, procedat quidem testimonium, ad tempus vero eiusmodi quaestiones exceptionum serventur. Es ist jedoch auch hierbey das richterliche Ermeßen nicht auszuschließen, indem nicht jede Uneinigkeit, nicht jeder Prozeß, welchen der Zeuge mit dem Producten gehabt hat, jenen verdächtig macht [56].

III. Wegen naher Verwandschaft oder Schwägerschaft. Hellfeld rechnet hiether auch Eltern und Kinder, und zwar nur während letztere in väterlicher Gewalt sind. Allein daß leibliche Eltern und Kinder weder für, noch wider einander ein gültiges Zeugniß ablegen können, ist schon im vorigen §. wider Pufendorf gezeigt worden [57]. Ein Gleiches gilt von Großeltern und En-

55) Tittmann's Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts. 4. Th. §. 820.

56) S. Leyser Specim. CCLXXXIII. medit. 25. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 211. Voc. *Inimicitia.* Canz Tr. de probabilitate iuridica. §. 146. Schneider vom rechtl. Beweise. §. 140. nr. 5. und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. B. Erört. 64. §. 4. S. 275 f.

57) S. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 19. und Th. Hagemann's pract. Erörterungen 5. B. Erört. XII. S. 70—72.

keln [58]. Geschwister hingegen sind zwar nicht, wofür sie einige [59] halten wollen, ganz unzuläßige und verwerfliche, sie sind aber doch keine vollgültigen ganz unverdächtige Zeugen, wenn sie für einander ein Zeugniß ablegen sollen [60], indem gewöhnlich wegen Gemeinschaft des Ursprungs ein hoher Grad von Zuneigung unter ihnen Statt findet, obwohl freylich dieselbe derjenigen, die zwischen Eltern und Kindern Statt findet, weit nachsteht, und auch durch die Verlaßung des väterlichen Hauses, so wie durch den Tod der Eltern sich zuweilen zu vermindern pflegt. Es muß also auch hier billig dem Ermeßen des Richters überlaßen werden, nach sorgfältiger Prüfung der Umstände zu bestimmen, ob und in wiefern das Zeugniß der Geschwister für einander zuzulaßen sey, und welchen Glauben sie verdienen [61]. Zwischen vollbürtigen und Halbgeschwistern ist übrigens kein Unterschied [62]. Auch diejenigen, welche mit

58) von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit 1. Th. VII. Abschn. § 9.

59) Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. V. Th. 8. lit. F. Allein es ist kein Gesetz des gemeinen Rechts vorhanden, welches das Zeugniß der Geschwister für einander schlechterdings verwirft. S. Struben's rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 133.

60) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 31. Leyser Specim. CCLXXXIII. medit. 23. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß. S. 155. lit. a. nach der neuen Auflage von Jury.

61) S. Hagemann's pract. Erörterungen 4. Band Erört. XLV. S. 244.

62) Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. CCXI. voc. *Fratres.* Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 123

dem Producenten Geschwisterkind sind, verdienen keinen vollkommenen Glauben [63]. Ein Gleiches gilt von dem Zeugniß der Stiefeltern und Stiefkinder, der Schwiegereltern und Schwiegerkinder, der Adoptiv-Eltern und adoptirten Kinder, so wie von nahen Verschwägerten in der Seiten-Linie [64]. Es kommt jedoch hier nicht blos auf den Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft [65], sondern auch zugleich auf andere Verhältniße und die häuslichen Verbindungen an, in welchen sie mit einander stehen [66].

IV. Wegen Dienstabhängigkeit. 1) Dienstboten in Sachen ihrer Brodherrschaft. Viele [67] wollen zwar das Zeugniß derselben gänzlich verwerfen, und ihnen alle Glaubwürdigkeit absprechen. Allein die Gründe, welche sie theils von dem Ausspruch des Licinius Rufinus, welcher *libro II. Regularum* [67]) sagt: Idonei non videntur esse testes, *quibus imperari potest, ut testes*

63) Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 100. von Tevenar Theorie der Beweise. S. 156.

64) Schneider a. a. O. §. 121 und 126, von Tevenar a. a. O. S. 155.

65) Man pflegt jedoch in der Verwandtschaft nicht über den vierten, und in der Schwägerschaft nicht über den dritten Grad hinauszugehen. S. Hommel c. l. voc. *affines.* und Schneider a. a. O. §. 124.

66) Tevonar a. a. O. S. 156.

67) Farinacius de testibus. Lib. II. Tit. 6. Qu. 55. nr. 1. 2. Gonzalez Tellez Comm. ad Decretal. Tom. II. ad cap. 24. X. de testib. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33. Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XXV. cap. 3. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Leyser Specim. CCLXXXIII. medit. 11. u. a. m.

fiant; theils aus dem Rescript der Kaiser Valerian und Gallienus 69): Etiam iure civili *domestici testimonii fides* improbatur, hernehmen, passen nicht auf unsere Dienstboten. Denn daß die Stelle des Licinius Rufinus von Sklaven zu verstehen sey, beweist die in dem nächstfolgenden Gesetz enthaltene Ausnahme aus Modestinus 70): Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est; und das testimonium domesticum, dem in der *L.* 3. *C. h. t.* alle Glaubwürdigkeit abgesprochen wird, bezieht sich auf das Zeugniß derjenigen Personen, welche der Gewalt eines Familienhaupts unterworfen waren 71), und denen also der Familienvater befehlen konnte, ein Zeugniß für ihn abzulegen, wie Braun 72) und Bauer 73) längst gezeigt haben. Darin sind jedoch alle heutigen Rechtsgelehrten 74) einverstanden, daß Dienstboten keine testes

68) *L.* 6. *D. h. t.*

69) *L.* 3. *Cod. h. t.*

70) *L.* 7. *D. h. t.*

71) §. 9. *J. de testam. ordin.*

72) Carl Ad. Braun von der Glaubwürdigkeit der Hauszeugen, in den Erlang. gelehrt. Anzeigen vom J. 1750. Nr. L.

73) *Jo. God.* Bauer Progr. de admittendo famulitii hodierni in favorem domini testimonio. *Lips.* 1756. in *Opuscul.* T. I. p. 434. sqq.

74) *Jo. God.* Kraus Diss. de eo quod iustum est circa probationem per testes domesticos. *Vitemb* 1724. §. 29. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Observat. 211. voc. *Famuli.* Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 28. Dorn Gesinderecht §. 216. Müller Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. I. Obs. 489.

omni exceptione maiores sind, indem die Pflicht der Dankbarkeit und Ehrfurcht gegen ihre Brodherschaft besorgen läßt, daß sie zum Nachtheil der Wahrheit dem Interesse derselben jedes fremde Interesse nachsetzen, und daher ihr Zeugniß nicht unpartheyisch seyn werde, worauf schon das Sprüchwort hinzudeuten scheint: Wessen Brod ich esse, dessen Lied ich singe [75]). Dahingegen behauptet man mit Grund, daß nach geendigter Dienstzeit Dienstboten in den nachherigen Rechtssachen ihrer ehemaligen Brodherrschaften als vollgültige Zeugen auftreten können [76]). Ein gleiches Rechtsverhältniß tritt bey Unterthanen in den Rechtssachen ihrer Obern ein, denen sie durch Eidespflicht verbunden sind; man pflegt sie jedoch in der Praxis in Ansehung des abzulegenden Zeugniß ihrer Eidespflicht zu entlassen [77]).

V. Wegen unmoralischen Lebenswandels. Diejenigen, welche der Trunkenheit ergeben, ferner welche ihrer verschwenderischen Lebensart wegen für prodigi erklärt sind, oder sich sonst durch unmoralische Handlungen Irreligiosität, und niederträchtige Gesinnungen bey ihren Mitbürgern Verachtung zugezogen haben. (Notati et reprehensibiles [78]).

Schneider Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 130 und 131. von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit Th. 1. S. 122. Mehrere Ausnahmen macht jedoch Lauterbach in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33.

75) Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. VI. Abth. Nr. XVI. S. 501.

76) von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen. 1. B. Erört. XLVII. §. 1.

77) Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CCLXXXIII. medit. 14—16. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t.

VI. Wegen Mangels an dem zur Wahrnehmung erforderlichen Sinne. Diejenigen welche ein schweres Gehör, oder blödes Gesicht haben [79]).

VII. Wegen eigenen Interesse sind bald mangelhaft bald ganz unzuläßig, 1) Mitglieder einer Gemeinheit; diese sind a) mangelhafte, jedoch nicht ganz unzuläßige Zeugen, wenn der Streitgegenstand ein solches Gemeindegut betrifft, deßen Ertrag nicht jedem einzelnen Mitgliede zu seinem Antheile unmittelbar zu gute kommt, oder wenn der Streitgegenstand eine Last betrifft, wovon nicht jeder Einzelne seinen Antheil unmittelbar zu tragen hat; b) unzuläßig aber sind sie, wenn der Rechtsstreit das Interesse jedes einzelnen Mitgliedes, z. B. eine Schuldigkeit aller einzelnen Mitglieder betrifft. Hier ist ihr Interesse unmittelbar, und größer, als in jenem ersten Fall, wo die einzelnen Mitglieder nur ein mittelbares und entferntes Interesse haben [80]). Daß hingegen die Mitglieder einer Ge-

§. 34. Hommel Rhaps. quaest. for. c. 1. voc. *Subditi.* und von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen 1. B. Nr. XLVII. §. 4.

78) Kind Quaest. for. Tom. I. Cap. 81. von Bülow und Hagemann a. a. O. §. 3. Köchy Meditationen über die interess. Gegenst. der heut. Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Nr. III. S. 42. Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 86. S. 155.

79) Stryk Tr. de iure sensuum Diss. I. Cap. IV. nr. 35.

80) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. Leyser Vol. IV. Specim. CCLXXXIII. medit. 10. *Fratrum* Beckmannorum Consil. et Decision. P. II. Decis. 62. nr. 10. Schneider vom rechtl. Beweise. §. 142.

meinheit von dem Gegner derselben zu Zeugen ernannt werden können, hat keinen Zweifel[81]). 2) Ganz unzulässig sind aber a) Gesellschaftsmitglieder in derjenigen Sache, in welcher die Gesellschaft den Beweis zu führen hat; b) ein Jeder, welcher dem Producenten in dem anhängigen Rechtsstreite, wenn er zu desselben Nachtheile entschieden wird, zur Entschädigung verbunden ist, z. B. der Verkäufer in dem Evictionsprozeße, der Cedent in der Sache des Cessionars, der Schuldner in dem Prozeße des Bürgen[82]). Advocaten, Mandatarien, Notare, Procuratoren und Unterhändler in Ansehung der Geschäfte, welche sie selbst geführt haben[83]); weil es dergleichen Geschäftsmännern in Rücksicht ihrer Ehre, ihres Amts, und Rufes nie gleichgültig seyn kann und darf, ob die von ihnen für eine der Partenen geführte Geschäftshandlung oder verfaßte Urkunde für gültig oder ungültig, für wahr und vollständig, oder für falsch und fehlerhaft erklärt wird[84]). In Ansehung der Advocaten sind zwar mehrere[85]) der Meinung, daß wenn ein Advocat seinem Clien-

81) Pütter's auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 4. Th. Decis. CLXXIII. nr. 21. ff. und Kind Quaestion. for. Tom. I. cap. 34.

82) Lauterbach c. l. §. 22. Schneider §. 141.

83) *L. alt. D. h. t.*

84) von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. 7. Abschn. §. 17. und von Bülow und Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 4. B. Erört 47.

85) Carpzov Resp. iur. Lib. III. Tit. IX. Resp. 92. nr. 13. und P. I. Const. XVI. Def. 59. nr. 3. Schneider vom rechtl. Beweise. §. 135.

ten, noch ehe er gewußt, daß er in der Sache, worin er demselben gedient hat, zum Zeugen aufgeführt werden würde, seine Dienste aufgesagt hat, derselbe zwar kein vollkommen glaubwürdiger, aber doch nicht ganz unzuläßiger Zeuge sey. Allein die Gesetze, nach welchen ein Advocat in Sachen seines Clienten kein Zeugniß ablegen soll, kennen diese Einschränkung nicht. Arcadius Charisius sagt viel mehr in seinem Buche von Zeugen, woraus die *L. ult. D. de testibus* genommen ist, ganz bestimmt: Mandatis cavetur; ut Praesides attendant, ne patroni in causa, *cui patrocinium praestiterunt*, testimonium dicant. Dieselben Worte sind auch in Gratian's Decrete *can.* 3. §. 19. *Caus. IV. Qu.* 2. *et* 3. wiederholt. Accursius erklärt zwar das *praestiterunt*, für praestare coeperunt, allein die Unrichtigkeit dieser Erklärung leuchtet in die Augen. Richtiger verstand Pabst Innocenz IV. diese Stelle, wenn er in Gemäßheit derselben *Cap.* 3. *de testibus in VIto* verordnet, daß ein Advocat oder Anwalt in der Appellationsinstanz für seinen Clienten nicht zeugen könne, wenn er demselben in der ersten Instanz bedient gewesen. In appellationis causa, so sprach er auf dem General-Concilium zu Lion im Jahr 1245, is qui adpellantis procurator vel advocatus in priori iudicio fuerat, non recipiatur in testem. Dieses ist denn auch die Meinung der bewährtesten Practiker [86].

86) Mevius Tom. II. P. VIII. Decis. 56. nr. 2. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 6. Wernher Select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 292. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. Westphal's Rechtsgutächten 1. Th. h. t. §. 7. Man vergleiche auch der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 4. Bd. Medit. 191.

Noch ist zu bemerken, daß durch verdächtige Zeugen, wenn ihnen die Einwendung des Verdachts entgegengesetzt wird, nie ein vollständiger Beweis bewirkt werden kann, wenn deren auch noch so viele seyn sollten. Es ist daher eine ganz irrige Vorstellung, wenn Hommel [87]) behaupten will, daß zwey verdächtige Zeugen einen halben, und vier einen vollständigen Beweis machten. Denn es kommt bey den Zeugen, wie Arcadius Charisius [88]) sehr treffend sagt, nicht auf die Anzahl der Personen, sondern auf die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen an. Ich übergehe andere Gründe, aus welchen schon Kind [89]) diese Meinung widerlegt hat.

§. 1178.

Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses. Zwangsmittel. Ausnahmen.

Zeugenaussagen, so wie überhaupt Beweisführungen, gereichen zur Beförderung der Justiz, damit Niemand aus Mangel derselben um sein Recht komme [90]), auch Verbrechen nicht ungestraft bleiben [91]). Daher darf sich Niemand, welcher zu einem Zeugniß aufgefordert worden ist, der Verbindlichkeit zur Ablegung desselben vor Gericht ent-

87) Rhapsod. Quaest. for. Obs. 10. et Obs. 210. Reg. 10.

88) *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.

89) Quaestion. for. Tom. II. Cap. 30. Man vergleiche auch Struben's rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 30.

90) *Cap. ult. X. de testib. cog.* (II. 21.)

91) *L.* 51. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.*

ziehen, und selbst ein eidliches Versprechen, in einer streitigen Rechtssache nicht zeugen zu wollen, kann nicht davon befreien [92]. Nach dem ältern Röm. Recht war zwar in Absicht auf die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnißes ein Unterschied zwischen Criminal- und Civilsachen. In einer Civilsache konnte in der Regel Niemand zur Ablegung eines Zeugnißes genöthiget werden, obwohl die Gesetze der zwölff Tafeln denjenigen für einen improbus intestabilisque erklärten, welcher sich zu einem Rechtsgeschäft als Solennitäts-Zeuge hatte zuziehen lassen, und nachher auf Erfordern ein Zeugniß darüber vor Gericht abzulegen sich weigerte [93]. In Criminalsachen hin-

92) *Cap.* 18. *et* 45. *X. de testibus. Cap.* 4. *et ult. X. de testib. cogend.*

93) Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XV. cap. 13. hat uns die Worte dieses Gesetzes aus den zwölff Tafeln aufbehalten, wo sie folgendermaßen lauten: *Qui se sierit testarier libripensve fuerit*, *ni testimonium fariatur*, *improbus intestabilisque esto.* Die Worte: *Qui se sierit testarier* heißen hier soviel als, qui se siverit in testem adhiberi. Das Rechtsgeschäft konnte ein Testament, oder eine andere feierliche Handlung seyn, wo ein libripens zugegen seyn mußte. Ulpian. *Fragm. Tit. XIX.* §. 3. Cajus *Instit. Lib. I. Tit.* 8. §. 3. Theophilus *Paraphr. gr. ad* §. 6. *I. Quib. mod. patr. pot. solvit.* Ni testimonium *fariatur*, d. i. nisi veniat ad testimonium dicendum in iudicio, cum citetur ab eo, a quo antestatus est. *Fariari* steht hier für fari, so wie man bey den Alten auch aggrediri für aggredi, und moriri für mori findet. Plautus *Mostell.* Act. V. Sc. I. v. 16. et *Asin.* Act. I. Sc. I. v. 108, Terentius *Eunuch.* Act. III. Sc. I. v. 42. Was *improbus intestabilisque* heißt, erklärt Theophilus in *Paraphr.*

gegen durfte Niemand die Ablegung eines Zeugnißes verweigern, der dazu war aufgefordert worden, auch selbst Magistratspersonen nicht, wenn es die Sache erforderte, und dieselben gerade gegenwärtig waren. Ohne Zweifel in dieser Beziehung sagt daher Arcadius Charisius *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* Illud quoque incunctabile [94])

graec. ad §. 6. *I. de testam. ord.* ἔτι δὲ καὶ ὁ im*probus intestabilisque.* Τίς δέ οὗτός ἐστιν; οἷον διαθεμένου τινὸς, εκλήθη Τιτιος ἐπὶ μαρτυρίαν· ἐμαρτύρησε, τουτέστιν ὑπέγραψεν ἐν τῇ διαθήκῃ, κατεσφράγισε· τελευτήσαντος τοῦ τεστάτωρος, οὐκ ἠθέλησε παραγενέσθαι και μαρτυρῆσαι, ὅτι ἀυτοῦ ἐστιν ἥτε ὑπογραφὴ καὶ ἡ σφραγίς· μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι, καὶ ὀυκ ἐῶσιν ἀυτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης· οὐδὲ διδόασιν ἀυτῷ τοῦ διατίθεσθαι παῤῥησίαν, ὀυδὶ συγχωροῦσιν ἀυτῷ μαρτυρεῖν ἑτέρου διατιθεμένου· λέγεται δέ ὁ τοιοῦτος *improbus intestabilisque.* — *Item et improbus intestabilisque. Sed quisnam hic est? veluti: testante aliquo, vocatus fuit Titius ad testimonium; testis fuit, hoc est, subscripsit in testamento, et signavit. Mortuo testatore, noluit adesse ac testimonium perhibere, suam esse et subscriptionem et signum. Oderunt hunc leges, neque permittunt eum quid capere ex alieno testamento: neque dant ei testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse alio testamentum condente. Dicitur autem hic improbus intestabilisque.* Man sehe auch *L.* 18. §. 1. *D. Qui testam. fac. poss. Jac.* Raevardus ad Leges XII. Tabular. lib. sing. Cap. 10. *Oper.* Tom. I. pag. 40. sq. *Jo. Ortw.* Westenberg Divus Marcus Diss. VIII. §. 6. und Oiselius ad *Gellium* c. l. sec. edit. *Jo. Lud.* Conradi P. II. p. 283.

94) *Incunctabile* kommt hier in der seltenen Bedeutung vor, daß es soviel heißt, als quod nullam habet dubitatio-

est, ut, si res exigit, non tantum privati, sed etiam *Magistratus*, si in praesenti sunt, testimonium dicant. Idem Senatus censuit, Praetorem testimonium dare debere, in iudicio adulterii causa. Nicht nur die letztern Worte dieser Gesetzstelle, sondern die ganze Reihe der vorhergehenden Fragmente von der L. 19 an, welche aus des Ulpianus *lib. VIII. de officio Proconsulis* genommen ist, in welchem Buche Ulpian blos von Verbrechen handelte [95]), überzeugt uns davon, daß auch Arcadius Charisius von Zeugen in Criminalgerichten gehandelt habe. Eben dieses bestätiget überdem eine Stelle aus Quinctilian [96]), welcher sagt: Duo genera sunt testium, aut *voluntariorum*, aut eorum, *quibus iudex in publicis iudiciis lege denunciari solet.* Die Lex, deren hier Quinctilian gedenkt, kann die *Lex Julia publicorum iudiciorum* seyn, deren Paulus *L. 4. D. h. t.* Erwähnung thut, und welche auch bestimmte, cui haud invito denuncietur testimonium; oder auch eine andere Lex. Denn auch die *Lex Julia de vi* handelte von Zeugen im Criminalprozeß, wie eine Stelle aus Ulpians *libro VIII. de officio Proconsulis* in der Collatio Mosaicar. et Romanar. Legum Tit. IX. §. 2. erweißt. Daher spricht Cajus *L. 5. D. h. t.* von Gesetzen, nach welchen gewisse Personen ausnahmsweise nicht sollen genöthigt werden kön-

nem. S. Brissonius de Verb. iur. Signif. h. v. und Noordkerk Observat. Decad. pag. 85.

95) S. *L. 1. D. de Quaestion.* und *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. C. Th. 5.

96) *Institut. Orator. Lib. V. Cap. 7.*

nen, ein Zeugniß abzulegen [97]. Allein Kr. Justinian hob diese Einschränkung auf, und dehnte die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses auch auf Civilsachen aus. Es befinden sich darüber zwey Verordnungen desselben im Codex.

1) Die *L.* 16. *Cod. h. t.* Diese Constitution, welche in den glossirten Handschriften und Ausgaben nicht befindlich ist, hat Cujaz [98]) aus den Basiliken restituirt, und Contius in das Lateinische übersetzt, und so zuerst dem Codex wiedergegeben. Sie lautet nach der lateinischen Uebersetznng folgendermassen.

Constitutio iubet non solum in criminalibus iudiciis, sed etiam in pecuniariis unumquemque cogi testimonium perhibere de his, quae novit, cum sacramenti praestatione, vel iurare, se nihil compertum habere, exceptis tamen personis, quae legibus prohibentur ad testimonium cogi, et etiam illustribus, et his, qui supra illustres sunt, nisi sacra forma interveniat, et si quidem in regia urbe testes habitent, cogit eos propria voce testimonia ferre; si vero non adfuerint, mitti ad eos iubet procuratores partium, ut apud eos deponant, quae noverint, vel dejerent, quae ignorant. Eodem proculdubio observando et in testimonio, quod in gestis fit, nempe ut eaedem personae ab eius necessitate excipiantur.

97) S. Rau Diss. cit. de Aurelio Arcadio Charisio JCto. Cap. IV. pag. 12.

98) Observation. Lib. VIII. cap. 13. und Lib. XIII. cap. 38.

2) Die *L.* 19. *Cod. eodem.* JUSTINIANUS *A. Juliano P. P.* Si quando invitos testes in pecuniariis causis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, si quidem sua sponte fidejussionem suae personae sine damno praestare velint [99]) hoc fieri: sin autem noluerint, non carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus [100]). Si enim pro toto litis certamine iuriiurando testium credendum esse putaverint hi, qui eos produxerint: multo magis praesentiam suam testibus sacramento eorum credere debent [1]). Sed cum minime oporteat testes in huiusmodi casibus protelari, et pro alienis commodis suas invenire difficultates: disponimus, non amplius testes observare compelli iudices, postquam fuerint admoniti, nisi tantum quindecim dies: intra quos iudices provideant, quatenus cognitionem suscipiant, in qua testes necessarii visi fuerint: ut omnino licentia eis concedatur, et alterutra parte cessante, et minime eos observare volente, si per exsecutores

99) In den *Basilicis* Tom. II. Lib. XXI. Tit. 1. Const. 42. heißt es: ἐι μὲν ἀυτὸς ἑκουσίως ἐγγυητὴν βούλεται δοῦναι τῆς ἑαυτοῦ παραστάσεως, d. i. si quidem sua sponte satisdare iudicio sistendi causa velit. Der Zeuge soll also einen Bürgen stellen können, daß er sich zur Vernehmung vor Gericht stellen wolle.

100) D. h. die Zeugen sollen nicht zur Sicherheit in Verhaft genommen werden, sondern juratorische Caution leisten.

1) In den Basiliken a. a. O. heißt es: πολλῷ μᾶλλον ὑπὲρ τῆς ἑαυτοῦ παρουσίας ὀμνύων ὀφείλει πιστεύεσθαι. i. e. *multo magis eis de personae suae praesentia iurantibus, credendum est.*

admoniti venire noluerint, testes accipere, et alterutra parte praesente, quae eos introducit, testimonia eorum capere. His autem diebus effluentibus, liceat quidem testibus discedere a iudice, nullam habente licentiam eos, postquam abfuerint, iterum retrahere. Ipsum autem iudicem, si per eum steterit, quominus testimonium praestetur, parti laesae omnem iacturam pro huiusmodi causa illatam ex suis facultatibus resarcire disponimus [2]).

Nach diesen Verordnungen kann also Niemand das Zeugniß verweigern, wozu er aufgefordert ist, die Sache sey eine Criminal- oder Civilsache [3]). Doch dürfen

1) alle Personen, welchen sogar verboten ist, etwas zu entdecken, nicht zum Zeugniß gezwungen werden. Dahin gehören a) Advocaten und Sachwalter in Ansehung der ihnen von ihren Clienten anvertrauten Geheimnisse. Denn sie würden sich des Verbrechens der Prävarication schuldig machen [4]). b) Geistliche, in Ansehung desjeni-

2) Die Zeugen sollen sich also längstens funfzehn Tage an dem Gerichtsorte aufhalten. Werden sie binnen dieser Zeit nicht vernommen, so können sie wieder nach Hause gehen, und dürfen dann nicht weiter vorgeladen werden; der Richter aber, wenn er die Vernehmung derselben ungebührlich verzögerte, ist der producentischen Parthey den Schaden zu ersetzen schuldig.

3) Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XXV. cap. 8. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 13.

4) *L. ult. D. de testib. Cap. ult. eodem in VIto.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 211. Voc. *Advocatus.* Man sehe jedoch Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 17.

gen, was ihnen unter dem Siegel der Beichte entdeckt worden ist. Man versteht unter dem Beichtsiegel (Sigillum confessionis) die von den Gesetzen den Priestern auferlegte Verbindlichkeit zur Beobachtung der genauesten Verschwiegenheit in Betreff alles desjenigen, was ihnen im Beichtstuhle offenbaret worden ist. In Gratians Decrete findet sich unter dem Namen Gregor's des Großen ein Canon; es ist *can.* 2. *Dist.* 6. *de poenitentia*, welcher folgendergestalt lautet: Sacerdos ante omnia caveat, ne de his, qui ei confitentur peccata, alicui recitet, non propinquis, non extraneis, neque, quod absit, pro aliquo scandalo. Nam si hoc fecerit, deponatur, et omnibus diebus vitae suae ignominiosus peregrinando pergat. Könnte man dem Gratian Glauben beymessen, so wäre dieß die älteste Verordnung über das Beichtsiegel in dem Canonischen Rechte. Allein schon Berardi [5]) hat dagegen erinnert, daß sich in den Briefen und Büchern Gregor's des Großen hiervon weiter nichts finde, als daß er *Lib. III. Moralium cap.* 3. wo er von heimlichen Sünden spricht, sagt: honore tegminis velantur. Seinem Inhalt nach scheint also der Canon viel neuer, und aus verschiedenen Concilien-Schlüssen zusammengesetzt zu seyn. Die ersten Spuren enthält vielleicht die zweyte Kirchenversammlung zu Douzi in der Provinz Rheims, welche im Jahre 874. gehalten wurde. In dieser heißt es

5) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti, corrupti ad emendatior. Codicum fidem exacti, difficiliores commoda interpretatione illustrati opera et studio *Car. Seb.* Berardi P. II. Tom. II. Cap. 59. pag. 145. (*Venetiis* 1777. 4.)

Can. 8. Omnes tam clerici, quam laici, vel foeminae, confitentes secreta confessione Sacerdotibus peccata sua, et ex dignae poenitentiae satisfactione deflentes, nequaquam sunt prodendi, et peccata eorum nulli a Sacerdote quacunque sunt significatione manifestanda, nisi soli Domino in secreta oratione [6]. In einer neuern Kirchenversammlung zu Rouen vom Jahr 1074. wurde das Nämliche wiederholt, und in dessen letzten Canon, worin Verschiedenes für die Priester von der Beichte verordnet worden, wird hinzugefügt: *Sic tamen ut iure confessionis secreto peccantis persona nulli detegatur.* Weil dieses Concilium unter dem Pabst Gregor VII. gehalten wurde, so kann es allerdings daher gekommen seyn, daß der in Gratians Decrete aus diesen Concilien entlehnte Canon einem Gregor ist zugeeignet worden, und weil weder in jenem noch diesem Concilium eine Strafe auf die Verletzung des Beichtsiegels war bestimmt worden, so scheint es, daß auch diese in der Folge dem Canon beygefügt worden ist. Man glaubt fast durchgehends, das Canonische Recht habe die Heiligkeit des Beichtsiegels auf den Grund gebauet, man beichte nicht dem Priester, sondern Gott, dessen Stelle der Priester blos vertrete. Diesen Grund machte auch selbst Luther [7] zu dem seinigen, und mehrere der älteren protestantischen Rechtsgelehrten [8] gaben ihm Beyfall. Allein daß die Decretale, welche man dafür anzuführen pflegt, es ist das *Cap. 2. X. de officio iudicis ordinarii*, von dem Beicht-

6) Harduini Concil. T. VI. P. I. pag. 143.

7) S. Desselben Tischreden Kap. 14.

8) Carpzov Jurisprud. eccles. Lib. III. Def. 25. nr. 8. und Beyer Diss. de sigillo confessionis. Cap. II. §. 19.

siegel gar nicht rede, davon wird eine richtige Erklärung derselben Jedem die volle Ueberzeugung geben. Die Ueberschrift eignet sie dem Pabst Eugen zu, sie rührt aber vielmehr vom Pabst Alexander III. her, wie Böhmer[9]) und schon vor ihm Janus a Costa[10]) bewiesen hat. Die Worte derselben lauten folgender gestalt. Si sacerdos sciat pro certo, aliquem esse reum alicuius criminis, vel si confessus fuerit, et emendare noluerit; nisi iudiciario ordine quis probare possit: non debet eum arguere nominatim, sed indeterminate, sicut dixit Christus: *unus vestrum me traditurus est.* Sed si ille, cui damnum illatum est, petierit iustitiam; potest excommunicare auctorem damni: licet etiam ei confessus sit. Sed tamen non nominatim potest eum removere a communione, licet sciat, eum esse reum: *quia non ut iudex scit, sed ut Deus.* Sed debet eum admonere, ne se ingerat: quia nec Christus Judam a communione removit.

Pabst Alexander entscheidet hier die Frage, ob ein geistlicher Richter, oder auch ein Priester, jedoch auch nur, insofern er in der Qualität eines Judex zu betrachten ist, wenn er zwar für seine Person, als Mensch, gewiß weiß, daß ein Verbrechen begangen sey, oder wenn es auch der Verbrecher selbst gebeichtet hat, aber dennoch keine Genugthuung leisten will, weil es an Beweisen fehlt, wodurch die That auf dem rechtlichen Wege dargethan werden

9) Not. ad Cap. 2. cit. Tom. II. Corp. iur. canon. p. 168.

10) In Decretales Gregorii IX. Summaria et Commentar. pag. 157.

könnte, dennoch den bewußten Verbrecher, als solchen, gerichtlich anschuldigen und verurtheilen könne? Der Pabst entscheidet diese Frage verneinend, nach den Gesetzen der damals bestehenden Gerichtsverfassung. Denn noch kannte man den inquisitorischen Prozeß nicht, und ohne einen legitimen Ankläger fand keine Verurtheilung Statt [11]. Wie durfte es aber der Richter wagen, als Ankläger aufzutreten [12]? und wie konnte man ihm hier allein glauben, ohne weitere Beweise [13]? Zwar weiß er das Verbrechen so gewiß, wie Gott; aber er weiß es nicht als Richter, als solcher erwartet er die Beweise von dem Ankläger, und dieser ist hier nicht vorhanden. Daher giebt nun der Pabst dem Richter folgende Verhaltungsregeln. Erstens, er soll den ihm bekannten Verbrecher nicht namentlich als Verbrecher darstellen, sondern unbestimmt. Er soll es machen, wie Christus that, als er sprach: Einer von euch wird mich verrathen. Zweytens, fordert aber der Beschädigte Justiz, so kann er zwar den bewußten Thäter excommuniciren, jedoch soll er ihn wieder nicht mit Namen nennen. Denn zu einer namentlichen Exkommunication gehört, daß die Missethat notorisch, oder evident erwiesen sey [14]. Wo ist nun hier von einer Stellvertretung Gottes im Beichtstuhle die Rede? Beruhet nicht alles auf einem Mißverstande der Worte; *quia non ut iudex scit, sed ut Deus* [15]?

11) *Can.* 4. *Caus. II. Qu.* 1.

12) *Can.* 18. *Caus. II. Qu.* 1.

13) Can. 3. *Caus. VI. Qu.* 2.

14) Ivo Epist. 97.

15) Man vergleiche hier vorzüglich die treffliche Abhandlung des Hrn. Dr. Andres über das Beichtsiegel, und die

nicht einmal die Qualität eines Zeugen [21]). Denn das Factum selbst kann er nicht bezeugen, weil es nicht in seiner Gegenwart geschahe. Er kann also nur darüber deponiren, was ihm der Verbrecher von sich bekannt hat. Dieß wäre dann aber doch nur eine Anzeige, welche blos auf dem in der Beichte angeblich gethanen Geständnisse beruht, und welches, im Falle beharrlichen Läugnens, durch Nichts genügend bewiesen werden kann. Von einem Beweise der That selbst kann also auf keine Weise die Rede seyn, der Beweis könnte mithin doch nur das angebliche Geständniß betreffen; und auch dieser würde nicht genügen.

Soviel nun hiernächst die Frage anbetrifft, wie weit sich die Unverletzlichkeit des Beichtsiegels erstrecke, so weichen hierin die Grundsätze der Katholiken und Protestanten von einander ab. Nach den Grundsätzen der erstern erstreckt sich das Beichtsiegel auf alle und jede von dem Confitenten schon begangene, und noch zu begehenden Verbrechen. Man läßt nur eine Ausnahme zu, wenn der Pönitent seinem Beichtvater ganz bestimmt die Erlaubniß ertheilt hat, das ihm Offenbarte der Obrigkeit anzuzeigen. Ausserdem soll selbst die Abwendung der Todesgefahr eines Unschuldigen kein zureichender Grund seyn, die Verletzung des Beichtsiegels zu rechtfertigen, oder zu entschuldigen. Jedoch giebt man dem beichthörenden Geistlichen zur Abwendung der Gefahr und zu befürchtender Uebel folgende Mittel an die Hand. 1) Nachdrückliche Ermahnungen des Pönitenten, von der Begehung oder längern Fortsetzung eines Verbrechens abzustehen, den zugefügten Schaden zu

21) Man sehe hier wieder die oben angef. Abhandlung des D. Andres über das Beichtsiegel, im 2. B. des neuen Archivs des Crim. Rechts. S. 166.

entsetzen, den unschuldig Leidenden zu retten, und diesem nicht auf eine ungerechte Art seiner Erhaltung aufzuopfern. 2) Verweigerung der sacramentalischen Lossprechung, wenn nicht der Pönitent dieses Alles auf das heiligste verspricht. 3) Bestimmung des Beichtenden, daß er dem beichthörenden Priester die Erlaubniß ertheile, die noch im Werden begriffene Missethat zur Verhütung derselben anzuzeigen, und wenn diese Mittel vergeblich wären versucht worden. 4) Warnung desjenigen, welchem nach der im Beichtstuhle erhaltenen Kenntniß eine Gefahr bevorsteht, doch nur im allgemeinen und auf eine solche Art, daß das Beichtsiegel dadurch auf keine Weise verletzt werde [22]). Allein nach den Grundsätzen der Protestanten geht das Beichtsiegel nur auf schon begangene, nicht auf noch zu begehende Verbrechen, wenn sie besonders dem Staate oder anderen Personen sehr nachtheilig seyn würden, und der Versuch, durch eindringende Vorstellungen und Ermahnungen den bösen Willen des Confitenten zu beugen und zu bessern, fruchtlos gewesen ist [23]). Denn es tritt hier die Pflicht ein, die jedem

22) S. den Versuch einer theol. jurist. Abhandlung über das Wesen und den Unterschied des katholischen und protestantischen Beichtsiegels, hauptsächlich in Beziehung auf Entdeckung und Beweis begangener, wie auch auf Verhütung künftiger Verbrechen. Bamberg 1813. 8. §. 23. ff.

23) Pertsch a. a. O. §. 19. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 38. §. 50. *Salom.* Deyling Institut. prudentiae pastoral. P. III. Cap. IV. §. 43. Eben dieser Lehre giebt auch Dr. Andres in der angef. Abhandlung Beyfall, und hat sie im neuen Archiv des Crim. Rechts 1. B. 4. Heft Nr. 25. mit vielen Gründen unterstützt.

Staatsbürger, und also auch den Geistlichen obliegt, Verbrechen, wovon man Wissenschaft erhalten hat, wenn sie von der Art sind, daß dadurch die Sicherheit des Staats, oder das Leben, oder Vermögen eines Menschen einer erheblichen Gefahr ausgesetzt werden würde, der Obrigkeit, oder demjenigen anzuzeigen, gegen welchen das vorhabende Verbrechen gerichtet ist. Der Geistliche handelt also gegen seine Pflicht, wenn er zu einem noch bevorstehenden Verbrechen schweigt, und macht sich, wenn es geschieht, verantwortlich, da er es durch zeitige Anzeige hätte abwenden können. Es läßt sich auch in der That in Absicht auf die erst noch zu begehenden Verbrechen keine eigentliche Buße gedenken, als welche sich ihrer Natur nach nur auf die Vergangenheit beschränkt, und sich ohne Widerspruch nicht auf die Zukunft ausdehnen läßt. Es fällt also hier aller Grund zur Beobachtung des Beichtsiegels weg. Ganz diesen Grundsätzen gemäß verordnet das Preußische Gesetzbuch [24]: „1) Was einem Geistlichen unter dem Siegel der Beichte oder der geistlichen Amtsverschwiegenheit anvertrauet worden, das muß er, bey Verlust seines Amts, geheimhalten. 2) Auch zum gerichtlichen Zeugniß über den Inhalt solcher Eröfnungen kann ein Geistlicher, ohne den Willen desjenigen, der ihm dieselben anvertraut hat, nicht aufgefordert werden. 3) Soweit aber die Offenbarung eines solchen Geheimnißes nothwendig ist, um eine dem Staate drohende Gefahr abzuwenden, oder ein Verbrechen zu verhüten, oder den schädlichen Folgen eines schon begangenen Verbrechens abzuhelfen, oder vorzubeugen, muß der Geistliche dasselbe der Obrigkeit anzeigen."

2) Kann auch Niemand genöthiget werden, gegen

24) Allg. Preuß. Landrecht 2. Th. 11. Tit. §. 80. 81. 82.

seine Schwiegereltern, und Schwiegerkinder, gegen Stiefeltern und Stiefkinder, gegen Vettern und Basen, so wie gegen diejenigen, mit denen er Geschwister Kind ist, und die von ihnen im nächsten Grade abstammen, ein Zeugniß abzulegen. So lehrt Paulus *L. 4. D. h. t.* wo er sagt:

Lege Julia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denuncietur ut testimonium dicat *adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino sobrinave natum, eosve, qui propriore gradu sunt.*

Es wird jedoch hier überall eine rechtmäßige Ehe vorausgesetzt. Daher läßt sich erklären, wie Paulus, aus dessen *libro II. ad Legem Juliam et Papiam* dieses Fragment genommen ist, bey der Erklärung der in der Ueberschrift gedachten Gesetze auf die Lex Julia publicorum iudiciorum kommen konnte, weil nämlich das darin gestattete Privilegium bey einer unrechtmäßigen Ehe wegfällt [25]). Wenn nun gleich Paulus eigentlich nur von der Zeugschaft im Criminalprozeß redet, so hat doch Justinian dasselbe auch auf den Civilprozeß ausgedehnt, in welchem also den gedachten verschwägerten und verwandten Personen bis zum sechsten Grade das nämliche Privilegium zusteht, wie aus den Worten der *L. 16. C. h. t.* exceptis personis, *quae Lege prohibentur ad testi-*

25) S. Heineccius ad Leg. Juliam et Papiam Poppaeam Comment. Lib. II. Cap. 6. §. 3. und *Matth.* Temminck Diss. ad fragmenta quaedam Legis Juliae de iudiciis. Cap. 3. in Oelrichs *Thes. nov. Dissertat. iurid. Belgicar.* T. II. Vol. II. pag. 85. sqq.

monium cogi, erhellet[26]). Cajus fügt noch zur Erläuterung der Ausdrücke gener und socer in der folgenden *L. 6. h. t.* welches Fragment ebenfalls aus dessen Commentar über die Lex Julia und Papia entlehnt ist, hinzu, daß unter jenem auch der Bräutigam der Tochter, so wie unter diesem der Vater der Braut verstanden werde.

In legibus, sagt er, quibus excipitur, ne gener, aut socer invitus testimonium dicere cogatur, *generi* appellatione sponsum quoque filiae contineri placet, item *soceri* sponsae patrem[27]).

Von leiblichen Eltern und Kindern, von Geschwistern, Eheleuten und Verlobten ist also hier nirgends die Rede, weil diese, wenn sie auch wollten, wider einander nicht zum Zeugniß zugelassen werden könnten[28]). Es ist daher den angeführten Gesetzen nicht gemäß, wenn der Satz aufgestellt wird: „Niemand braucht sich gegen seinen Ehegatten, gegen seine Ascendenten, Descendenten und Geschwister, sie

26) S. Westenberg Divus Marcus Diss. VIII. §. 9.

27) *L. 8. D. de gradib. et adfin.* Cujacius in Recitat. ad Tit. Pand. de gradib. et adfinib. hat hierbey noch die sehr richtige Bemerkung gemacht, daß durch das Wort *socer* alle Grade der Schwiegereltern, so wie durch die Benennung *gener* alle Grade der Schwiegerkinder angedeutet werden sollen. Ein Gleiches gilt von den Ausdrücken *Vitricus* und *Privignus*, und das Masculinum begreift auch die Frauenspersonen unter sich. *L. 146. L. 195. D. de Verb. Signif. L. 3. §. 1. D. de negot. gest.*

28) S. Duarenus ad h. Tit. Pand. Cap. 2. Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. Temminck cit. Diss. ad fragmenta quaedam Legis Juliae de iudiciis. Cap. 3. pag. 96. Man sehe auch Hellfeld §. 1207.

sowen dies durch Verwandtschaft, oder durch Schwägerschaft, abhören zu lassen [29]."

Ob aber die vom Paulus angeführte Lex Julia auch noch dann gilt, wenn durch den Tod die Ehe getrennt, und hiermit die Schwägerschaft aufgehoben ist, ist streitig. Ulrich Huber [30]) trägt kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und zwar aus dem Grunde, weil auch der Bräutigam nicht gegen den Vater der Braut, und umgekehrt die Braut nicht wider den Vater des Bräutigams, zum Zeugniß genöthiget werden kann. Allein dieses Argument ist nicht bündig, weil ja zwischen diesen Personen wenigstens ein analoges Verhältniß Statt findet, welches man eine Quasi-Adfinität zu nennen pflegt. Richtiger ist daher jene Frage zu verneinen. Denn nur das durch Affinität entstandene Ehehinderniß bleibt auch noch nach Aufhebung derselben fortdauernd, alle übrige Wirkungen aber erlöschen [31]).

3) Auch Greise, Kranke, Soldaten, ferner diejenigen, welche in Begleitung des Magistrats reipublicae causa abwesend oder sonst vor Gericht zu erscheinen gehindert sind, sollen nicht wider ihren Willen Zeugniß abzulegen genöthiget werden.

SCAEVOLA *libro IV. Regularum* [32]). Inviti te-

29) S. Schweppe römisches Privatrecht. §. 610. Nr. 2. der 2ten Ausgabe.

30) Praelect. ad Pand. h. t. §. 16.

31) S. WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. II. Obs. 381. nr. 6. und *Chr. Th.* GMELIN Diss. de vero conceptu affinitatis. *Tüb.* 1801. §. 10.

32) *L. 8. D. h. t.*

stimonium dicere non coguntur senes, valetudinarii, vel milites, vel illi, qui cum magistratu reipublicae causa absunt, vel quibus venire non licet.

Es fragt sich aber, ob diese Personen nun gar nicht abzuhören sind, oder nur nicht wider ihren Willen im Gericht zu erscheinen brauchen? Da nach der ältern römischen Gerichtsordnung die Gegenwart der Zeugen schlechterdings nothwendig war, so konnten solche Personen, die nicht vor Gericht ihr Zeugniß ablegen konnten, auch gar nicht einmal zu Zeugen ernannt werden [33]. Weil jedoch nach dem neuern Rechte [34] diese Gegenwart vor Gericht nicht mehr schlechterdings nothwendig ist, so brauchen diese Personen nur nicht vor Gericht zu erscheinen, sondern sie können durch eine Gerichtsdeputation auch zu Hause, oder durch Requisition an dem Orte ihres gegenwärtigen Aufenthalts vernommen werden [35], wie Cujaz [36], Donellus [37] und Westenberg [38] diese Stelle verstehen. Daß diese Personen nicht schlechterdings excusirt sind, wenn sie zu Zeugen ernannt worden, erhellet theils aus *L.* 6. §. *ult.* *D. h. t.* wo Callistratus sagt: Testes non temere evocandi sunt per longum iter, et multo minus

33) S. *Franc.* Duarenus c. l. *Operum* pag. 949.

34) *L.* 16. *Cod. h. t.*

35) Arg. *L.* 15. *D. de iureiur.* Ad personas egregias, eosque, qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad jurandum.

36) Recitatt. solemn. ad h. Tit. Pand. *Operum* a Fabroto editor. Tom. IV. P. I. pag. 928.

37) Commentarior. iuris civ. Lib. XXVI. cap. 9.

38) Divus Marcus, Diss. VIII. §. 10.

milites avocandi sunt a signis vel muneribus [39]) perhibendi testimonii causa: idque Divus Hadrianus rescripsit; theil daraus, weil eine gleiche Excusation auch denen gestattet wird: *quibus venire non licet.* Es liegt also der Grund der Excusation, welche den gedachten Personen gestattet wird, offenbar nur darin, *quia venire non possunt.* Auf gleiche Weise ist denn auch die Stelle aus Ulpians libro VIII. de officio Proconsulis zu verstehen, welche nach *L.* 19. *h. t.* folgendergestalt lautet.

Inviti testimonium non dicunt publicani; item is, qui non detrectandi testimonii causa abierit; item is, qui quid exercitui praebendum [40]) conduxerit.

39) Diese Leseart, mit welcher auch Cod. Erl. übereinstimmt, ist ohnstreitig richtiger, als wenn Brenkman und Catharinus in Observat. cap. 11. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. I. pag. 488.) mit den Basiliken *numeris* lesen wollen, wie Gebauer in der Göttinger Ausgabe, und Schrader ad h. Tit. pag. 42. not. b. erinnert haben.

40) So lieset Taurellius, und diese Leseart vertheidiget Cujacius Observation. Lib. II. Observation. Cap. 25. dem auch *Jo. Guil.* Marckart Probabil. receptar. lection. iuris civ. ad h. L. pag. 13. beystimmt. Der Sinn ist also nach dieser Leseart: *ut invitus testimonium non dicet, qui vestimenta, frumentum, vinum, aut aliquid aliud exercitui praebendam certa pecunia conduxerit.* Gegen diejenigen, welche statt praebendum, vielmehr *praebenda* lesen wollen, eifert besonders *Jac.* Raevardus Varior. Lib. V. Cap. 4. (*Operum* Tom. I. p. 66.) Die Aedilen verpachteten zwar die Praebenda, wie Plautus in seinem Mercator sagt, allein die Lieferungen alle zu pachten, war eines Einzigen Sache nicht, wie Festus voc. *Redemptores* lehrt. Er hält daher auch die

Pächter öffentlicher Einkünfte, welchen ihre Geschäfte nicht erlauben vor Gericht zu erscheinen, können dazu, um eines Zeugnißes willen, eben so wenig genöthiget werden, als Abwesende deshalb zurückzukehren brauchen, wofern sie nur nicht absichtlich durch ihre Abwesenheit der Ablegung des Zeugnißes auszuweichen gesucht haben. Eine gleiche Excusation kommt demjenigen zu statten, der die Lieferungen zur Armee gepachtet hat.

4) Niemand braucht auch über Dinge auszusagen, welche ihm nachtheilig werden können, oder auch ihn zur Beschimpfung gereichen[41]. Die Reichsgesetze[42] verbieten sogar interrogatoria criminosa, et quae turpitudinem respondentis continent, bey willkührlicher Strafe, und der Zeuge soll darüber nicht befragt werden.

Die Zwangsmittel bey Zeugen sind übrigens Geldstrafe und Gefängniß[43], ja im peinlichen Prozeß ward

florentinische Leseart für die allein richtige. *Guil.* Budaeus Annotat. prior. et posterior. in Pand. ad h. L. fol. 200 b. lieset *praebendam* conduxerit. Denn so lesen alle Handschriften. Dieß soll auch die ursprüngliche florentinische Leseart seyn, und dann sey annona darunter zu verstehen. Dieser Leseart giebt auch Schrader ad h. Tit. pag. 60. not. b. den Vorzug, und hat sie noch mit Stellen aus Symmachus und Cassiodor bestärkt. So lieset auch unser Cod. Erl.

41) *Frid. Es. a* Puffendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Observat. 19.

42) Jüngster Reichsabschied vom J. 1654. §. 63. S. Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 196.

43) *Can.* 80. *C. XI. Qu.* 3. *Cap.* 35. *in fin. X. de sentent. excommun. Sigm. Gottl.* Hillinger Diss.

chedem bey beharrlicher Verweigerung sogar die Tortur für zuläßig gehalten [44]; und unser Hellfeld, so wie auch Quistorp [45]) sehen die Tortur noch jetzt als zuläßiges Zwangsmittel an, wenn die Wahrheit nicht anders erhalten werden kann, sofern nur erwiesen ist, daß die Zeugen von den Hauptumständen des Verbrechens Wissenschaft haben. Allein die Gesetze kennen die Tortur nur bey Sklaven [46]). Ueberdem ist ja die Tortur, wo sie noch nicht abgeschaft ist, nur das Mittel, einen Verdächtigen zum Geständniß zu zwingen; kann aber durchaus nicht angewendet werden, einen Ungehorsamen zur Außage zu nöthigen, indem eine solche erzwungene Zeugschaft erhebliche Zweifel gegen die Wahrheit derselben zurücklassen würde [47]). Da Verweigerung des Zeugnißes Verletzung der allgemeinen Bürgerpflicht ist; weil jeder Staatsbürger verbunden ist, die Erhaltung der öffentlichen Ordnung so viel möglich zu befördern; so wäre, wenn gelindere Mittel den Ungehorsam des Zeugen zu brechen nicht vermöchten, die Ausschließung von allen Rechten, die er, als Staatsbür-

de iure et modis testem renitentem legitime compellendi. Lips. 1711. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 13.

44) Tittmann Handbuch des peinl. Rechts. 4. Th. §. 762.

45) Grundsätze des peinl. Rechts. 2. Th. §. 702.

46) *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* *L.* 15. *pr.* *L.* 18. §. 3. *de quaestion.* *Nov.* *XC.* *cap.* 1.

47) S. Kleinschrod über den Beweis durch Zeugen in peinl. Sachen. §. 33. im Archiv des Criminalprozeßes. 7. B. 2. St. Nr. I. S. 176. Mittermaier Handbuch des peinlichen Prozeßes. 2. Band. S. 139. f. Stübel Criminalverfahren in den deutschen Gerichten. 4. Band. §. 2441.

ger genießt, sofern die Wichtigkeit der Sache kein Zeugniß nothwendig macht, ein weit zweckmäßigeres Zwangsmittel [48]).

Man behauptet auch, daß in solchen Fällen, wo die Wahrheit nicht anders entdeckt werden kann, selbst Eltern und Kinder und alle diejenigen, die sonst zur Ablegung eines Zeugnißes nicht gezwungen werden können, von der Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung nicht freyzusprechen wären [49]). Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet. Das *cap. 5.* und *cap. ult. X. de testib. cogendis* reden zwar von einem Zwange der Zeugen, wenn die Wahrheit anders nicht herausgebracht werden kann; allein daß auch dann sogar diejenigen sollen gezwungen werden können, welche die Gesetze wegen ehelicher Verbindung oder nahen Verwandtschaft, oder Schwägerschaft von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses freysprechen, sagen sie nicht [50]). Im Civilprozeß läßt sich auch der Fall kaum denken, daß es an einem andern Beweismittel fehle, da ja immer die Eideszuschiebung zum Beweise dienen kann [51]).

48) *Cap. 2. X. de testibus.* **Kleinschrod** a. a. O. §. 22. S. 175.

49) **Quistorp** a. a. O. S. 283. **Tittmann** Handbuch des peinlichen Rechts. a. a. O. S. 485.

50) S. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 76. und Obs. 219. Reg. IX.

51) *L. 25. §. 3. D. de probat.*

§. 1179.

Beweisantretung durch Zeugen. Artikel. Directorium. Neue Zeugen.

Zur Antretung des Zeugenbeweises wird erfordert, daß nicht nur der Beweissatz genau bestimmt, sondern auch noch vor Ablauf der Beweisfrist die Zeugen benannt werden, welche über die Umstände des zu beweisenden Satzes vernommen werden sollen. Die Anzeige dieser Umstände pflegt gewöhnlich in Artikel abgefaßt zu werden; ja man behauptet insgemein, der Zeugenbeweis habe das Eigenthümliche, daß die Artikelform bey demselben nothwendig, bey den übrigen Beweisarten aber willkührlich sey [52]). Wie nachtheilig jedoch diese Artikel für die Beförderung der Wahrheit sind, hat Gönner [53]) ganz augenscheinlich dargethan. Nöthig aber ist eine genaue Bezeichnung der einzelnen Zeugen, nebst der Anzeige der Artikel, worüber jeder Zeuge zu vernehmen ist, welche man das *Directorium* zu nennen pflegt. Ob es dem Beweisführer erlaubt sey, noch nach Ablauf des Beweistermins neue Zeugen zu produciren, wenn es solche sind, von denen er zur Zeit des angetretenen Beweises keine Kenntniß gehabt, ist streitig. Hellfeld, und mehrere andere Rechtsgelehrte [54]) verneinen

52) Danz Grundsätze des ordentlichen Prozeßes. §. 277. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 190.

53) Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren. Motive. 2. Band, 2. Abthl. S. 484. ff.

54) Carpzov Jurisprud. for. P. I. Const. 16. Def. 6. nr. 8. Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 222. Boehmer Jur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 26. Biener Syst. Process. iudiciar. Tom. I. §. 130. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4486.

dieses schlechterdings. Allein, wenn nicht die besonderen Prozeßordnungen darüber ein Anderes bestimmt haben, so bringt es die allgemeine Begünstigung der Beweisführung mit sich, testes noviter repertos zuzulassen. Man läßt ja auch neugefundene Urkunden noch nach Ablauf der Beweisfrist zu, wenn nur der Producent eidlich bestärkt, daß er vor dem Ablaufe der Beweisfrist keine Wissenschaft davon gehabt habe [55]); warum sollte der Zeugenbeweis nicht gleiche Begünstigung verdienen? Und wenn man in der Praxis die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex clausula Praetoris generali wegen einer schuldlosen und unüberwindlichen Unwissenheit einer Parthey gern angedeihen läßt; so ist gewiß der Producent dieselbe in dem gegenwärtigen Falle zu suchen um so mehr berechtiget, weil er sonst ohne sein Verschulden einen unbilligen Schaden leiden würde [56]). Hommel [57]) meint zwar, man müsse denn doch wohl noch einen Unterschied zwischen dem Kläger und dem Beklagten machen. Nur der letztere verdiene allein diese Begünstigung, der erstere nicht, quia paratus esse debebat, es wäre denn, daß er etwa zum Beweise der Replik, und also über Elisiv-Artikel Zeugen produciren wollte, die ihm vorher unbekannt waren, weil er hier

55) Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. XXII. §. 12. *Joh. Flor.* Rivinus Diss. de iuramento documentorum noviter repertorum. *Lipsiae* 1749.

56) S. *Ern. Gottfr. Christ.* Klügel Diss. de testibus noviter repertis. *Wittenberg.* 1765. und *Mich. God.* Wernher Lectiss. commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 22. pag. 234.

57) Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. VI. Obs. 762. nr. 5.

den Favor rei zu genießen habe. Allein die angeführten Gründe streiten so gut für den Kläger, als den Beklagten. Daß an die Stelle eines vor der Abhörung verstorbenen Zeugen ein oder auch mehrere Zeugen substituirt werden können, hat keinen Zweifel. Es wird aber freylich vorausgesetzt, daß der Zeuge, zu der Zeit, da er ernannt wurde, noch gelebt habe, weil es dem Producenten billig zur Last zu legen ist, einen todten, statt eines lebenden Zeugen, ernannt zu haben [58]. Man nimmt indessen den Fall aus, da sich der Producent deshalb in einem entschuldbaren Irrthum befunden, und auch diesen Irrthum erweisen, oder wenigstens eidlich bestärken kann [59]. Die neuen Zeugen müssen nun zwar eigentlich über die nämlichen Artikel vernommen werden, worüber der verstorbene Zeuge hätte vernommen werden sollen, doch wird in einem solchen Falle nach der Praxis auch zuweilen die Einbringung neuer, oder Additional-Artikel für zuläßig gehalten, worüber der neue, oder die neuen Zeugen zu vernehmen sind [60].

§. 1180.

Fortsetzung des Zeugenbeweises.

Die Fortsetzung des Zeugenbeweises geschieht durch Production der Zeugen. (§. 1181.) Zu dem Ende muß

58) *Mich. God.* Wernher lectissim. Commentat. in Pand. Part. II. h. t. §. 22. pag. 234. sq.

59) Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. IV. Obs. 512. Wernher Select. Obs. for. Tom. II. P. VII. Obs. 222. Biener System. proc. iudiciar. Tom. I. §. 130. not. 5. Danz Grundsätze des gem. Proz. §. 307.

60) *Gottl.* Wernsdorff Diss. de novis testibus, super novis etiam articulis probatorialibus examinandis. *Vitemb.* 1791.

nun der Richter ersucht werden, die Zeugen vorzuladen. Sodann werden die Beweis-Artikel dem Producten mitgetheilt, um zuläßige Fragstücke einzureichen. Die Vorladung der Zeugen geschieht entweder unmittelbar, oder, wenn sie einer fremden Gerichtsobrigkeit unterworfen sind, mittelst Erlassung eines Ersuchungsschreibens an dieselbe, die Zeugen entweder zur Vernehmung zu stellen, oder sie selbst über die zu dem Ende mitgetheilten Artikel zu vernehmen, und deren Aussagen mit dem Zeugen-Rotulus einzuschicken [61]. Billig müssen jedoch die Zeugen in diesem Falle wegen der Reise- und Zehrungskosten, so wie wegen Versäumniß von dem Producenten entschädiget werden [62].

§. 1181.

Production der Zeugen.

In dem anberaumten Productions-Termine muß nun der Producent die von ihm benannten Zeugen, wenn sie anwesend sind, den Richter mit der Bitte vorstellen, sie nach geschehener Vereidigung abzuhören. Diese Handlung wird die **Production der Zeugen im eigentlichen Sinne** genennt. Sind aber Zeugen ausgeblieben, so erklärt der Beweisführer, daß er dieselben dem Richter eben so, als ob sie erschienen wären, dargestellt haben wolle, welches man zum Unterschied jener eigentlichen Production, welche dann *productio realis* genennt wird, eine pro-

61) Danz Grundſ. des gem. Proz. §. 300.

62) *L. 3. §. 4. D. L. 11. et 16. Cod. h. t. Cap. 11. in fin. de rescript. in VIto.* Boehmer ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 32. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. B. Meditat. 128.

ductio verbalis zu nennen pflegt [63]. Der Producent klagt hierauf den Ungehorsam der abwesenden Zeugen an, und bittet den Richter sie nochmals bey Strafe vorzuladen [64].

Die Ausführung des Zeugenbeweises geschieht nun durch die Vereidung und Vernehmung der Zeugen. Ueber den Ursprung des Zeugeneides sind zwar die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung, indem einige [65]) schon längst vor Constantin dem Großen Spuren von der Nothwendigkeit desselben sogar in Civilsachen bey den Classikern gefunden haben wollen. Allein die richtigere Meinung, welche Malblanc [66]) mit neuen überzeugenden Gründen unterstützt hat, ist ohnstreitig diejenige, nach welcher die Nothwendigkeit des Zeugeneides im Civilprozesse von Constantin dem Großen hergeleitet wird. Denn

63) Biener in Syst. process. iudic. Tom. I. §. 134. behauptet jedoch, die productio testium verbalis sey heutiges Tages nicht mehr gewöhnlich.

64) S. Danz Grundſ. des ord. Prozeßes. §. 306. Von den Folgen des Ungehorsams, wenn die Partheyen selbst nicht erscheinen, handelt ebenderselbe §. 304. u. 305. Man sehe jedoch von Gönner Bemerkung zu Danz Not. *. S. 456.

65) *Franc.* Pollетus Histor. fori Rom. Lib. IV. cap. 13. und *Andr. Flor.* Rivinus Diss. de testibus iurisiurandi religione arctatis a Constantino M. iisdem tamen iam ante huius tempora in foro Rom. iurandi necessitate subjectis. *Halae* 1744.

66) Doctrina de iureiurando. §. 78. der neuen Ausgabe. *Tüb.* 1820. pag. 218 — 222.

die angeführten Zeugnisse der ältern Classiker[67]) reden blos von der Vereidigung der Zeugen in Criminalsachen, in welchen auch überhaupt schon früherhin ein Zwang zu Ablegung des Zeugnisses Statt fand. In Civilsachen, wo die Ablegung der Zeugnisse mehr freiwillig war, sahe man vorzüglich nur auf die Eigenschaften der Zeugen. Von einer Vereidung derselben aber vor Constantin findet sich keine Spur.

Die Constitution des Kaisers Constantin des Gr. lautet folgendermassen.

L. 9. *Cod. h. t.* Imp. Constantinus A. ad *Iulianum* Praesidem. Iurisiurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, jamdudum arctari praecepimus: et ut honestioribus potius testibus fides adhibeatur.

Nach Vorschrift dieses Gesetzes sollen also alle Zeugen, ohne Unterschied ihres Standes, vor ihrer Vernehmung vereidiget werden. Mit diesem Grundsatz des Civilrechts stimmt auch das Canonische Recht überein. Denn Gratian hat die *L.* 9. *C.* in sein Decret[68]) aufgenom-

67) Valer. Maximus *Lib. II. Cap. ult. Ex. ult.* Quinctilianus *Institut. orator.* Lib. V. cap. 7. n. 5. Den meisten Zweifel erregt freylich die Stelle des Seneca de ira. L. II. Cap. 29. De parvula summa iudicaturo, tibi res sine teste non probaretur: *testis sine iureiurando non valeret.* Allein wem fällt hier nicht ein, was Wieling in Lect. iuris civ. Lib. II. cap. 22. pag. 197. sagt: Frustra ex Declamationibus iuris auctoritas petitur.

68) *Can.* 3. *Caus. IV. Qu.* 2.

nen, und an mehreren andern Orten 69) wird die Nothwendigkeit des Zeugeneides eingeprägt. Auch nicht einmal Geistliche werden von dieser Nothwendigkeit ausgenommen, vielmehr verordnet Pabst Honorius III. 70) ganz bestimmt: Nullius testimonio, quantumque religiosus existat, *nisi iuratus deposuerit*, in alterius praeiudicium debet credi. Zwar findet sich in Gratians Decrete 71) eine Stelle aus einem Karthaginensischen Concilium vom Jahr 401, wo gesagt wird: Non liceat clericum in iudicium ad testimonium devocari eum, qui praesens vel cognitor fuit, et nulla ad testimonium dicendum ecclesiastici cuiuslibet persona pulsetur; und aus einem Concilium zu Rheims wird an einem andern Orte angeführt 72): Nullus ex ecclesiastico ordine cuiquam laico quicquam super sacrosancta evangelia iurare praesumat: sed simpliciter cum veritate et puritate dicat: est, est, non, non. Allein beyde Stellen stehen hier nicht entgegen. Denn jene bezieht sich, wie Berardi 73) gezeigt hat, auf die ehemaligen Synodalgerichte, und will nicht, daß wenn ein mit dem Ausspruch derselben unzufriedener Theil etwa an die Gerichte des Staats appelliren sollte, einer von den Cognitoren zur Ablegung eines Zeugnißes genöthiget werden solle. Die letztere Stelle hingegen, welche ohnehin

69) *Can.* 20. *Caus. III. Qu.* 9. *Cap.* 5. *X. et cap.* 47. *X. h. t.*

70) *Can.* 51. *X. h. t.* Add. *Cap.* 39. *X. eodem.*

71) *Can.* 38. *Caus. II. Qu.* 6.

72) *Can.* 22. *Caus. XXII. Qu.* 5.

73) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. I. Cap. 15. ad can. cit. 38. pag. 164.

ungewissen Ursprungs ist [74]), bezieht sich auf die praxis primitivae ecclesiae, welche aber, wie Marca [75]) schon bemerkt hat, durch die Praxis der neuern Zeiten verdrängt, und weder in Frankreich, noch England, noch in Deutschland befolgt worden ist [76]). Wie wenig die Geistlichen mit Eiden verschont worden sind, beweisen das Chalcedonische, und das dritte Constantinopolitanische Concilium Act. 15. [77]). Und wie hätte denn das *Concilium Moguntinum* Can. 50. verordnen können: *Ne Clerici sint periuri, non falsitatis amantes?* Ich übergehe die Vasalleneide, welche die Geistlichen den Königen der Franken, Gothen und Longobarden leisten mußten [78]), und füge nur noch die ganz entscheidende Verordnung des Pabstes Gregor IX. [79]) hinzu, in welcher er befiehlt, daß die Bischöfe den Gefährdeeid schwören sollen, jedoch ohne Berührung, nur mit Vorlegung des Evangelienbuchs, *sicut in testimonio dicendo.* Die letzteren Worte beweisen deutlich, daß selbst Bischöfe von dem Zeugeneide keine Befreiung genießen sollen. Nach einer Verordnung des Kaisers Theodos [80]) soll zwar ein Bi-

74) Berardus P. I. Cap. 37. ad can. 22. cit. pag. 316.

75) De concordia Sacerdotii et Imperii. Lib. VIII. cap. 21. §. 5.

76) S. Boehmer ad Can. 22. C. XXII. Qu. 5. not. 89. in Eius edit. Corp. iur. can. Tom. I. pag. 962.

77) Thomassinus de vet. et nova Eccles. disciplina. P. II. Lib. II. Cap. XLVII. §. 9.

78) S. Gundlingiana P. IV. Nr. 1. §. 13. sqq.

79) *Cap. 7. X. de iuram. calumniae.*

80) *L. 7. Cod. de Episc. et Clericis.* Den Grund, warum die Geistlichen das Evangelienbuch nicht berühren, hält

schoff zur Ablegung eines Zeugnißes nicht genöthiget werden; allein auch dieses Privilegium ist durch ein neueres Gesetz des Kaisers Justinian [81]) wieder aufgehoben worden. In der aus dieser Novelle gezogenen *Auth.* Sed iudex *Cod. de Episcop. et Cleric.* heißt es zwar: Sed iudex mittat ad eos quosdam de suis ministris, ut propositis sacrosanctis Evangeliis, secundum quod decet Sacerdotes, dicant ea, quae noverint, *non tamen iurent.* Allein die letztern Worte sind ein unächter Zusatz vom Irnerius, welcher in der Novelle, woraus diese Authentike entnommen, nicht enthalten ist [82]). Daher wird auch heut zu Tage darauf gar keine weitere Rücksicht genommen [83]). Katholische und protestantische Rechtsgelehrte sind vielmehr jetzt darin einverstanden, daß die Geistlichen von dem Zeugeneide keine Befreiung haben [84]). Dahingegen sind davon ausgenommen 1) fürst-

---

such Gundling in Gundlingianis Stück IV. Nr. 2. §. 11. ff.

81) *Nov. CXXIII. cap.* 7.

82) Rittershusius in Promulside Error. Irneriandr. besonders Richter in Exposit. Authenticar. ad cit. Auth. nr. 14. sqq.

83) *Ern. Gottfr. Christ.* Klügel Diss. Num clericorum testimonium, fide ipsorum munitum, sine iurisiurandi necessitate in negotiis iudicialibus sit validum? *Witemb.* 1772.

84) *Van* Espen iur. eccles univ. P. III. Tit. 7. nr. 29. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 41. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 20. Boehmer iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 35. Puffendorf Obs. iur. univ. Tom. I. Obs. 179.

liche Personen, in deren Versicherung bey Fürstlichen Würden die Kraft des Eides beygelegt wird 85). Eine gleiche Befreiung genießen in mehreren Ländern vermöge besondern Privilegiums, oder kraft eines Gewohnheitsrechts auch 2) die Adelichen 86), 3) Graduirte Personen 87). Steht ihnen jedoch kein besonderes Landesgesetz oder eine unbestrittene Landesgewohnheit zur Seite;

85) Reichs-Abschied v. J. 1555. §. 58. Und da ein Churfürst ꝛc. S. *Ant. Balth.* Walther Diss. de valida per testes iniuratos probatione. *Lipsiae* 1750. Cap. II. §. 3. *J. J.* Müller Diss. de fide principum iuriiurando pari. *Jenae* 1704. Mediatisirte Fürsten haben jedoch dieses Privilegium nicht. S. Biener Syst. process. iudiciar. Tom. I. §. 140. et not. 4.

86) Walther Diss. cit. Cap. 2. §. 5. besonders *Chr. Frid.* Walch Disquisit. de nobilium testimonio iniurato, *Jenae* 1759. und Malblanc Doctr. de iureiur. §. 79. pag. 223. sq. In Baiern haben siegelmäßige Personen, zu denen der Adel, die Kollegialräthe, und höhern Beamten gehören, das Vorrecht, daß wenn sie in einer Civilsache als Zeugen gerichtlich zu vernehmen sind, ihnen blos die in das Vernehmungs-Protokoll wörtlich einzutragende Eidesformel vom Kommissär vorgelesen, und zur eigenhändigen Unterschrift vorgelegt wird, welche der körperlichen Eidesleistung gleich gilt. S. das Königl. Edict über die Siegelmäßigkeit vom 26. Mai 1818. als Beylage VIII. der Verfassungs-Urkunde des Königreichs Baiern.

87) Z. B. in Baiern. S. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Bav. iudic. 10. Kap. §. 14. S. 347. f. Dieß ist jedoch durch das Edict über die Siegelmäßigkeit aufgehoben. Hellfeld Progr. de iuribus quibusdam Doctorum nobilit. avitae honorif. et utilib. *Jenae* 1758.

so können sie auf eine solche Befreyung keinen Anspruch machen 87). 4) Wird auch dem Amtseide die Wirkung beygelegt, daß in einzelnen Amtsgeschäften kein neuer Eid erfordert wird, wie dieß bey Aerzten und Wundärzten der Fall ist, welche nicht für einzelne Fälle z. B. Sectionen mehr vereidet, sondern blos auf ihren Amtseid verwiesen zu werden pflegen 89). Ein gleiches gilt von öffentlichen Personen, wenn sie in Amtssachen ein Zeugniß ablegen sollen; denn außerdem haben sie vom Zeugeneide keine Exemtion 90). Endlich fällt 5) der Zeugeneid auch dann weg, wenn er mit Einwilligung der Partheyen erlassen worden ist 91).

88) Claproths Einleitung in den ordentl. bürg. Prozeß. §. 281. Malblanc c. l. pag. 224. sq.

89) S. Kleinschrod im Archiv des Criminalrechts. VI. Bd. 1. St. S. 11. §. 16. Tittmann Handbuch des gemeinen peinlichen Rechts. 4. Th. §. 729. S. 582. f. Malblanc c. l. pag. 226. not. 466.

90) *Cap. 7. X. de probat. Cap. 6. X. de renunciat.* S. Walther Diss. cit. de valida per testes iniuratos probatione. Cap. I. [illegible] Syst. process. judiciar. Tom. [illegible] Not. [illegible] Man sehe auch *Christ. Henr.* Breuning Quaest. iuris controv. de iudice teste. *Lipsiae* 1771.

91) *Cap. 39. et Cap. 52. X. h. t.* Westenberg Princ. iur. Digestor. h. t. §. 16. Mevius P. IV. Decis. 76. et P. V. Decis. 242. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Richter dabey kein Bedenken finde. *Corn. van* Eck Princip. iur. civ. h. t. §. Examen. pag. 61. und Danz Grundſ. des ordentl. Prozeßes. §. 310. Not. c. Einige Ausnahmen, z. B. in Ehesachen, wenn von Aufhebung der Ehe die Rede ist, macht *J. H.* Boehmer Jur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 57.

Summarische Sachen machen übrigens keine Ausnahme [92]; obwohl in geringfügigen Sachen die Angelobung mittelst Handschlags die Stelle des Eides zu vertreten pflegt [93].

Ist keine dieser Ausnahmen vorhanden, so geschieht die Vereidung der Zeugen in Gegenwart der Partheyen nach vorhergegangener Ermahnung die Wahrheit zu sagen, und Verwarnung vor dem Meineide.

§. 1182.

Einwendungen gegen die Zeugen, und die Artikel. Fragstücke. Deren Haupterfordernisse.

Noch vor der Vereidung der Zeugen muß jedoch der Product mit seinen Einwendungen 1) gegen die Person der Zeugen, und 2) gegen die Erheblichkeit und Zuläßigkeit der Beweis-Artikel gehört werden. Sind diese Einreden nicht so beschaffen, daß die benannten Zeugen oder die Artikel sofort als ganz unzuläßig und verwerflich erscheinen, so geht die Vereidung dennoch vor sich, und die Zeugen werden *salvis exceptionibus* vernommen [94]. Der Producent kann nun auch Fragstücke, *Interrogatoria*, übergeben. Es werden darunter kurze Fragen verstanden, welche zum Theil dahin abzielen, die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen zu erforschen, theils zur Erläuterung der Artikel dienen, und eine bestimmtere Beantwortung derselben veranlassen, oder den Grund der Wissenschaft der Zeugen ausmitteln sollen, worüber dann

92) *Clem. 2. de Verbor. Signific.*

93) Malblanc doctrina de iurejur. §. 79. pag. 326.

94) Danz Grundf. des ordentl. Processes. §. 308.

die Zeugen, außer den Artikeln, mit zu vernehmen sind 95). Die Haupterfordernisse derselben bestehen darin, daß sie a) nicht verfänglich, das heißt, nicht auf eine solche Art abgefaßt seyn dürfen, welche die Zeugen durch Zweydeutigkeit des Ausdrucks, oder durch Verbindung wahrer und falscher Umstände zu Aussagen verleiten sollen, die mit des Producenten Absicht nicht übereinkommen. (*interrogatoria captiosa*) b) Nicht unerheblich (*irrelevantia, inepta*), d. h. welche nicht zur Sache gehören, und auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen keinen Einfluß haben, kurz, zur Entscheidung nichts beytragen. c) Nicht *criminosa*, quae turpitudinem respondentis continent 96); d. h. welche der Ehre des Zeugen nachtheilig sind, und dessen eigene Vergehungen betreffen. Man theilt übrigens die Fragstücke ein in die allgemeinen, interrogatoria *generalia*, und die besonderen, interrogatoria *specialia*. Jene betreffen die Person der Zeugen, und solche Thatumstände, aus welchen über die Glaubwürdigkeit derselben geurtheilt werden kann. Letztere werden auf die einzelnen Beweisartikel gerichtet, und werden zu jedem Artikel in der Absicht verfertiget, um über die wahre Bedeutung, den Umfang und die Gründe der einzelnen Aussagen zu den Artikeln bestimmter urtheilen zu können 97). Es giebt noch eine dritte Art von Artikeln, welche man Präliminar-Artikel zu nennen pflegt. Sie heißen auch gemeine Fragstücke zur Sache. Es werden darunter solche Fragstücke verstanden, welche Thatumstände betreffen, die in

95) Danz [illegible] § 84.

96) Oelze Anleitung zur gericht. Praxis § 106.

97) Danz [illegible] Grolman Theorie des gericht. Verfahrens § 200. besonders [illegible] 201.

den Beweisartikeln nicht berührt sind, und dahin zielen, die Absicht des Beweisführers zu entkräften [98]. Da der Producent durch diese Fragstücke den Gegenbeweis zu führen sucht, so darf sie der Richter nicht dulden, sondern sie sind gänzlich zu verwerfen [99].

§. 1183.

Vernehmung der Zeugen.

Die Vernehmung der Zeugen geschieht von dem competenten Richter, denn sie ist ein Act der streitigen Gerichtsbarkeit [00]. Ein von einem Notar aufgenommenes Zeugenverhör ist daher in der Regel nicht zuläßig, und hat keine Beweiskraft, wofern es nicht etwa mit beyder Theile Einwilligung vermöge eines Compromisses als gültig anzuerkennen ist [1]. Es muß nun ein Zeuge nach dem andern vernommen werden [2]; und zwar nach dem heutigen Gerichtsgebrauche in Abwesenheit der Partheyen und ihrer Stellvertreter [3]. Dem Römischen Recht scheint dieses nicht gemäß zu seyn. Zwar glaubt man, die heutige

98) Oelze. §. 199. Das Canonische Recht scheint ihnen jedoch nicht entgegen zu seyn. *Cap.* 39. *X. h. t.* S. Boehmer iur. eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 20. §. 44.

99) Grolman a. a. O. Hofacker Princ. iur. civ. T. III. §. 4488. in fine.

00) L. 14. C. h. t. Nov. XC. cap. 5.

1) *Jo. Frid.* Ludovici Diss. de notario testes examinante. *Halae* 1720. §. 31.

2) *Cap.* 52. *X. h. t. Cap.* 2. *eodem in VIto.*

3) Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. XXIV. Cap. 10. Gabrielius de iure novissimo Lib. VI. Tit. 9. Huber Praelect. ad Dig. h. t. §. 14. Voet ad Pand. h. t. §. 311.

[illegible] aus der L. 14. Cod. h. t. erweisen zu können. Allein vergeblich. Schon Gundling[4]) hat ganz klar bewiesen, daß die Worte: praecipimus, omnes, qui in civili scilicet causa suum praebent testimonium, separato — ita *iudicantis secretum* intrare, ut quicunque aures ejus offenderint, non dubitent sibimet formidandum; in der angeführten Constitution des Kaisers Zeno nichts weniger, als jene Deutung haben, sondern der Ausdruck *secretum judicantis* nichts anders, als das Gericht, oder den Gerichtsort bezeichne, und die Tendenz dieser Verordnung hauptsächlich dahin gehe, daß jeder Richter, welcher die Zeugen verhört, die Macht haben solle, dieselben wegen überwiesenen falschen Zeugnisses zu bestrafen, ohne daß die Zeugen sich mit der praescriptio fori oder exceptio privilegii fori sollen schützen dürfen. Dahingegen reden andere Gesetze ganz bestimmt von der Vernehmung der Zeugen in Gegenwart der Partheyen. Dahin gehört

1) Die *L.* 19. *C. h. t.* wo Kaiser Justinian die Richter anweiset, et alterutra parte cessante, et minime eos observare volente, si per executores admoniti venire noluerint, *testes accipere, et alterutra parte praesente, quae eos introducit, testimonia eorum capere.*

2) *L.* 18. *C. de fide instrum.* wo Justinian verordnet, Judices ut possint, si hoc perspexerint, occasione testium in aliis locis degentium litigantes vel procuratores eorum ibi destinare, ut *de-*

4) De testium clandestino examine, in *Gundlingianis* IX. Stück Nr. IV. S. 273.

positionibus sub utriusque partis praesentia factis, res ad eos referatur.

3) *Nov. XC. cap. ult.* wo es nach Homberg's Uebersetzung heißt: Et ne deinde illis opponatur, *una solum parte praesente* haec gesta esse, eum quoque, qui in ea civitate est, ubi testimonia dantur, a iudice vel defensore civitatum *adesse et testimonia audire oportet.* Si vero adesse nolit, et recusaverit; ut testimonia inutilia sint, quia *una solum parte praesente* dicuntur: sancimus, ut eiusmodi testimonia ita valeant, *ac si ab una parte non essent dicta, sed ipso quoque praesente perhibita fuissent.* Nam si recusaverit, et venire atque testimonia audire noluerit, quamquam in publico versetur, et non possit ex inevitabili quadam necessitate non venire, idem erit, ac si advenisset, nec commodum aliquod ex contumacia sua sentiet: sed videantur quidem *utraque parte praesente* facta, quaecunque vero illi exceptiones contra ea competunt, illis uti liceat.

Man hat diese Stellen auf mancherley Art zu erklären gesucht; bald sollen sie noch der Auslegung der Glosse blos von der Beeidigung der Zeugen in Gegenwart der Partheyen; bald von der Publication der Zeugen Aussagen zu verstehen seyn; allein wie wenig diese Auslegungen mit den Worten der angeführten Gesetze übereinstimmen, leuchtet in die Augen 5). Mich. Gottfr.

5) S. Ant. Matthaeus de probation. cap. 7. Jac. Weissenbach Exercitat. ad Pand. Disp. XLIII. Th. 33. Heineccius in Element. iur. civ. sec. ord. Pand. §. 142. Westenberg Princ. iur. sec. ord. Dig. L. XXII. T. 5. §. 16.

Meerhorst glaubt zwar, aus dem 4. Kapitel der Nov. 90. erhelle ganz klar, daß die Zeugen wenigstens zu Justinians Zeiten in Abwesenheit der Partheyen wären vernommen worden. Allein es läßt sich eher das Gegentheil daraus erweisen. Denn daselbst wird nur gesagt, daß dem Beweisführer keine vierte Zeugen-Production gestattet werden solle: quod suspicio sit, ne si quid priores omiserint, idque per testimonia iam manifestum factum sit, ille non productionem testium, sed vel eorum, de quibus antea testimonium datum non fuit, additamentum, vel eorum, de quibus testimonium perhibitum est, emendationem desideret; und gerade dieser Grund setzt voraus, daß die Vernehmung der Zeugen in Gegenwart des Zeugenführers geschehen sey. Dieses ergiebt sich noch näher aus den folgenden Worten: Si vero is, qui testimonia producit, ille neque acceperit, neque viderit, nec ipse, nec aliquis ex accusatoribus eius, solus autem adversarius acceperit, et exceptiones opposuerit, — tum etiam quarta productio testium petenti concedenda est, iureiurando prius ab eo praestito, quod testimonia neque acceperit, neque legerit, nec ipse, nec advocatus aliquis, aut procurator ejus, neque dolo malo, neque machinatione, neque arte quartam testium productionem petat, sed quod denuntiatis testimoniis prius uti non potuerit. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß der Gerichtsgebrauch hierin

und S. G. K. Observat. iur. civ. de examine testium secundum principia iuris Rom. *Lipsiae* 1776.

6) Lessing Commentat. in Pand. P. II. [illegible]

dem Röm. Recht nicht folgt, weil man besorgt, daß die Anwesenheit der Partheyen oder ihrer Anwälte auf die freie Aussage der Zeugen, auf Subornation anderer Zeugen, und dergleichen schädlich einwirken könnte. Die Vernehmung der Zeugen ohne Beyseyn der Partheyen und ihrer Anwälte schien daher räthlicher zu seyn, theils weil die Anwesenheit beyder Anwälte bey jedem Zeugenverhör die Kosten beträchtlich vermehren würde, theils weil der Richter durch die Gegenwart des Actuars, das Gebot, das Protocoll den Zeugen vom Actuar wörtlich vorlesen zu lassen, und durch die Publication der Zeugen-Aussagen hinreichend controllirt ist 7).

§. 1184.

Zeugen-Rotulus, und dessen Publication.

Nach Vernehmung der Zeugen werden die Aussagen derselben in einen Rotulus 8) gebracht. Es wird darunter eine unter öffentlicher Autorität gefertigte, und mit dem Gerichtssiegel versehene Urkunde verstanden, worin das beym Zeugenverhör beobachtete Verfahren vollständig beschrieben ist, und die Zeugenaussagen aus den Vernehmungs-Protocollen so zusammengestellt und geordnet sind,

7) S. von Gönner's Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren in bürgerl. Rechtssachen. 2. B. 3. Abth. S. 490. f.

8) Das Wort *Rotulus* bedeutet eigentlich eine zusammengerollte Schrift, und wird daher mit *Rollus*, Rolle und Rodel für gleichbedeutend genommen. Dann nannte man auch überhaupt Gerichts-Acten rotuli, weil man sie zusammenzurollen pflegte, wie Dufresne in Glossario ad Scriptor. mediae et inf. Latinitatis Tom. III. voc. *Rotulus* und *Rollus* gezeigt hat.

daß man bey jedem Artikel, und Fragstücke sogleich die Aussagen sämmtlicher darüber vernommenen Zeugen beysammen findet. Der Zweck dieses Zeugen-Rotulus ist, dem Richter das Lesen der Zeugenaussagen dadurch zu erleichtern. Zu diesem Zweck hat daher auch der jüngste Reichs-Abschied[9] die Verfertigung desselben befohlen. Dieser Rotulus wird vorerst versiegelt zu den Acten gelegt, dann zur Eröffnung desselben ein Termin anberaumt, auf welchen die Partheyen vorgeladen werden. Es kann dieses von richterlichen Amtswegen, oder auch auf Ansuchen der Partheyen geschehen[10]. Ein Dritter hat kein Recht, die Publication des Zeugen-Rotulus zu verlangen[11]. Es ist jedoch diese Ladung eine blos monitorische[12]. Die feierliche Publication besteht nun darin, daß der Richter den Rotel in Gegenwart der erschienenen Partheyen entsiegelt, ihn offen zu den Acten legt, und den Partheyen Abschriften davon gestattet[13]. Ist diese einmal geschehen, so ist der Regel nach keine Beweisführung mehr zuläßig. Ob nicht aber wenigstens dem Producten noch ein Gegenbeweis zu gestatten sey, ist in der Theorie des Prozesses bestritten[14]. Die Praxis

9) vom J. 1654. §. 52. „damit der Richter aller Zeugen Aussagen auf einen jeden Artikel allezeit unter Augen haben könne, und des sonst nothwendigen vielfältigen Aufsuchens oder mühsamen Extrahirens überhoben bleibe". Von der Einrichtung eines Zeugenrotulus handelt Danz Grundſ. des ordentl. Prozesses §. 388. und Oelze §. 258.

10) Danz. §. 390.

11) *Cap.* 30. X. *h. t.* Boehmer iur. eccl. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 42.

12) Danz. §. 391.

13) Oelze Anl. zur gerichtl. Praxis §. 260. Danz §. 393. und Hofacker Princ. iur. civ. T. III. §. 4490. Die Vorlesung des Zeugen-Rotulus ist heut zu Tage nicht mehr üblich. Jüngst. R. Absch. §. 54. Danz Grdſ. §. 393. Biener Syst. process. iudiciar. T. I. §. 162.

14) S. *Jo. Jac.* Maier Disp. an reprobatio post attestatorum publicationem admittenda sit? *Altorfii* 1716.

hingegen erlaubt in der Regel auch nicht einmal einen weiteren Gegenbeweis [15]). Will also der Producent noch einen neuen Beweis, oder der Product einen Gegenbeweis führen, sofern ihnen kein Beweistermin entgegensteht; so müssen die Parthenen gegen die angekündigte Publication des Rotulus protestiren [16]).

§. 1185.

Hauptverfahren über den geführten Beweis, oder Disputirsätze. Pflicht des Richters bey Prüfung der Zeugenaussagen.

Nach Publication des Zeugen-Rotulus erfolgt noch das Verfahren über den geführten Beweis, wodurch der Punct, ob und wie viel erwiesen sey, erörtert wird [17]). Der Product bringt zuerst seine Einreden gegen die Beweisführung vor, welche dann der Producent in seiner Gegenhandlung zu widerlegen sich bemüht [18]). Der Producent sucht nun seine Beweisführung in ihrer ganzen Stärke dem Richter darzustellen, und die Mängel der Beweisführung des Gegentheils zu zeigen. Jene Schrift nennt man die Impugnationsschrift, diese aber die Salvationsschrift, beyde aber werden Disputirsätze, Disputationssätze, Beweisdeductionen [19]) genannt, zuweilen folgt auch noch eine Replik und Duplik [20]). Ist

15) Dieses scheint auch der *Clem.* 2. *h. t.* (II. 8.) und dem Jüngst. R. Absch. §. 73. zu entsprechen. S. Boehmer iur. eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 20. §. 43. *Ge. Lud.* Boehmer Princ. iur. canon. §. 797. Es können indessen Ausnahmen Statt finden. *Cap.* 26. *Cap.* 35. *et Cap.* 48. X. *h. t.*

16) Danz Grundſ. §. 392. und Hofacker Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4490. , Biener Syst. proc. iudic. Tom. I. §. 162.

17) *Cap.* 15. X. *h. t.* *Cap.* 31. X. *eodem.* Reichs-Dep. Abschied von 1600. §. 135. Jüngst. R. Absch. §. 56. 57.

18) Jüngst. R. Absch. a. a. O.

19) Oelze Anleit. zur gerichtl. Prax. §. 264 — §. 276.

20) Biener P. I. §. 165.

dieses Verfahren geschlossen, so muß über die Beweisführung erkannt werden. Der Richter hat nun hier sowohl die Person der Zeugen und deren Glaubwürdigkeit, als den Inhalt ihrer Aussagen genau zu prüfen. Der Richter hat also zu erwägen

1) ob die Zeugen ihre Aussagen auf eigne unmittelbare Wahrnehmung gegründet, oder ihre Wissenschaft blos vom Hörensagen oder von einem blos verbreiteten Gerücht hergeleitet haben. Nur in dem ersten Fall, wenn die Zeugen darüber deponiren, was sie selbst gesehen oder gehört haben, und was in ihrer Gegenwart vorgefallen ist, kann ihr Zeugniß als gültig angesehen werden; in dem letztern Falle hingegen beweist ihr Zeugniß in der Regel nichts, ausgenommen, wenn von so alten Sachen die Rede ist, daß andere Zeugenaussagen nicht wohl möglich sind [21]. Dahin gehört, wenn die Sache über Menschen Gedenken hinausgeht [22]).

2) Besonders aber hat der Richter darauf zu sehen, ob die Zeugen einen Grund ihrer Wissenschaft angegeben haben. Denn ohne Angabe eines Grundes beweisen die Aussagen eines Zeugen nichts [23]). Dieser Grund darf aber nicht aus bloßen Vernunftschlüßen und Muthmasungen, oder bloßem Dafürhalten des Zeugen, sondern aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung hergenommen, und vollkommen concludent seyn [24]).

21) *L.* 28. *D. de probat.* *Cap.* 13. *X. eodem.* *Cap.* 31 *et* 47. *X. de testib.* Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2 B. §. 1709.

22) Mevius Tom. II. P. VIII. Decis. 41. Wernher select. Obs. for. T. I. P. II. Obs. 34. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 73. und Th. 4. Bed. 156.

23) *L.* 4. *Cod. de test.* *Can.* 15. *Caus. III. Qu.* 9. *Cap.* 21. *X. eodem.* Zeugenaussagen ohne Angabe eines Grundes werden in der *Nov. XC. Cap.* 3. vana et in transitu facta testimonia genannt, und von ihnen gesagt, quod nulla plane ratione valeant.

24) *Jo. Salom.* Brunquell Diss. de ratione dicti testium. *Jenae* 1732. §. 4. u. §. 31. Thibaut System des Pand. Rechts. 3. B. §. 1171.

Ob aber

3) die Aussagen der Zeugen bejahend oder verneinend sind, darauf kömmt an sich nichts an. Man pflegt zwar die Regel zu geben: *Plus creditur uni testi adfirmanti, quam mille negantibus* [25]; allein diese Regel ist, so allgemein genommen, offenbar falsch. Ein verneinender Zeuge ist so vollgültig, als ein bejahender, wenn jener hinlängliche Gründe seines Verneinens anführt [26]. Denn auf der Angabe der Gründe beruhet allein der Werth und die Gültigkeit des Zeugnisses. Führen beyde Zeugen, der bejahende und verneinende, Gründe ihrer Wissenschaft an; so muß der Richter die Gründe beyder Zeugnisse gegen einander abwiegen, um zu bestimmen, ob das bejahende oder verneinende mehr für sich habe. Z. B. der verneinende Zeuge konnte den Vorgang genauer wissen, weil er seine eigne Handlung betrifft [27]. Sollten die Gründe beyder Zeugen einander die Waage halten, welches aber freilich ein seltner Fall seyn wird; so ist dem Verneinenden der Vorzug zu geben, weil dieser den unveränderten Zustand des Objects, der Bejahende aber eine Veränderung desselben behauptet [28]. Aus allem ergiebt sich also nun soviel, daß ein Zeuge, der eine Thatsache bejahet, vor demjenigen, welcher sie verneinet, nur dann den Vorzug verdient, wenn sein Zeugniß mehrere innere Wahrscheinlichkeit, d. i. mehrere reelle Möglichkeit für sich hat, oder wenn er seine Behauptung mit mehreren und stärkern Gründen unterstützt hat, als der verneinende Zeuge.

25) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCLXXXVI. medit. 1.

26) Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 48. Müller Observat. pract. ad *Leyserum*, Tom. III. Fasc. I. Obs. 499.

27) Struben rechtl. Bedenken. 1. Th. Bed. 77.

28) von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. VII. Absch. §. 33. S. 187.

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
von

D. Christian Friedrich Glück
geheimen Hofrathe und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwey und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1821.



Anhang

zu dem Tit. de Testibus.

§. 1185. b.

Widerstreit in den Aussagen der Zeugen. Zahl der Zeugen, welche zu einem vollständigen Beweise erfordert wird.

Vorzüglich ist aber noch bey der genauen Würdigung des Zeugenbeweises darauf zu sehen, ob Harmonie in den Aussagen derselben vorhanden sey? Denn

1) ein Zeuge, der sich selbst in wesentlichen Puncten seines Zeugnißes widerspricht, verdient keinen Glauben [1]). In unwesentlichen Nebenumständen macht der Widerspruch die Aussage des Zeugen in der Hauptsache zwar nicht verdächtig, kann aber doch den Werth desselben, jedoch nur in Concurrenz mit andern Zeugen, vermindern, wenn dieselben auch über die zufälligen mit der Hauptsache nicht

1) *Cap.* 9. *X. de probat.* Canz Tr. de probabilitate iuridic. §. 147.

wesentlich verbundenen Umstände eine gleichförmige Außage abstatten. [2]) Sollte jedoch der Zeuge diese Umstände nothwendig haben wißen müssen, so daß sich ein Irrthum dabey nicht wohl annehmen läßt, so würde auch ein Widerspruch in den Nebenumständen den Zeugen in der Hauptsache verdächtig machen [3]).

2) Widersprechen sich zwey klassische Zeugen, welche gleiche Präsumtionen und Gründe für sich haben, in der Hauptsache, so hebt dieser Widerspruch ein Zeugniß gegen das andere auf. Eben dieses gilt, wenn sie in wesentlichen Umständen der Hauptsache nicht harmoniren [4]).

3) Wenn Zeugen von gleichem moralischen Werthe und bürgerlicher Achtung in ungleicher Zahl sich widersprechen; so entscheidet nicht die Mehrzahl der Außagen, sondern der Richter befolgt, was er nach seiner Ansicht und innern Ueberzeugung der Natur der Hauptsache oder des zu beurtheilenden Rechtsgeschäfts am gemäßesten, und für das Wahrscheinlichste hält, wenn sonst kein Verdacht der Feindschaft oder Gefälligkeit dabey Statt findet [5]). Es gehört hieher die merkwürdige Stelle aus des Arcadius Charisius *libro singulari de testibus*, welche die *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* in folgenden Worten ausdrückt.

2) S. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. VII. Abschnitt § 32.

3) Canz de probabilitate iuridica. §. 147. not. a.

4) von Globig im angef. Versuche a. a. O. §. 33. S. 188. Man vergleiche hier auch *Pet.* Müller ad Struvium Tom. II. Exercitat. 28. Th. 48. not. i.

5) Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1711.

Si testes omnes eiusdem honestatis et existimationis sunt, et negotii qualitas ac iudicis motus [6]) cum his concurrit: sequenda sunt omnino [7])

6) Der Ausdruck *motus iudicis* kommt in mehrern Stellen des Röm. Gesetzbuchs vor. S. Brissonius de Verbor. Signif. h. v. pag. 864. In einer schon an einem andern Orte (11. Th. §. 740. S. 141—146.) erklärten Stelle ward es für ein leidenschaftliches Verfahren des Richters genommen. In dieser Bedeutung nennt auch Cicero *de Offic.* Lib. I. c. 36. animi motus, *perturbationes.* Hier wird es in einer guten Bedeutung gebraucht. Cicero sagt am a. O. Motus autem animorum duplices sunt, alteri *cogitationis*, alteri *appetitus.* Cogitatio in vero exquirendo maxime versatur: appetitus impellit ad agendum. Von der erstern Art des motus animi: welche im Denken besteht, ist hier die Rede; denn diese Kraftäusserung der Seele führt zur Kenntniß dessen, was wahr ist. *Corn. van* Bynkershoek Observat. iuris Romani Lib. V. cap. 14. erklärt den Ausdruck motus iudicis durch Sententia. Schrader Titul. Digestor. citt. h. t. pag. 69. hingegen richtiger durch innere Ueberzeugung des Richters, welche durch die Aussagen der Zeugen und andere Beweise hervorgebracht worden ist. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich noch mehr aus den folgenden Worten.

7) Die florentinische Handschrift und unser Codex lesen: sequenda sunt *omnia testimonia*, und so auch die meisten Ausgaben. Allein es ist hier nicht davon die Rede, wenn die Zeugen in ihren Aussagen mit einander übereinstimmen, sondern von dem entgegengesetzten Falle. Dieses bestätigen auch die *Basilica* Tom. II. Lib. XXI. Tit. 1. Const. 21. §. 3. h. t. Εἀν πάντες οἱ μάρτυρες τῆς αὐτῆς τιμῆς καὶ ὑπολήψεως ὦσι, καὶ ἐναντιωθῶσιν ἀλλήλοις, οὐ πάντως τὸ μεῖζον μέρος πιστεύεται,

eorum testimonia. Si vero ex his quidam [8]) aliud dixerunt, licet *impari numero*, credendum est, sed [9]) quod naturae negotii convenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret; confirmabitque iudex *motum animi sui* ex argumentis et testimoniis, quae et rei aptiora, et vero proxi-

ἀλλὰ τὸ συμβαῖνον τῇ φύσει τοῦ πράγματος, καὶ ὑπονοίας ἔχθρας ἢ φιλίας ἐστερημένον, καὶ βεβαιούμενον ἀπὸ τῆς ψυχῆς τοῦ δικαστοῦ, καὶ τεκμηρίοις. i. e. *Si testes omnes eiusdem honestatis et opinionis sint: et inter se discrepent, non utique maiori parti fides est adhibenda, sed ei quod naturae negotii convenit, et quod turpi suspicione aut gratia caret, quodque confirmatur ab animo iudicis, et argumentis.* Der griechische Scholiast Cyrillus ebendas. p. 559. not. f. zergliedert unser Fragment in folgende zwey Fälle. 1) wenn die von beyden Theilen producirten Zeugen in gleicher Zahl disharmoniren; 2) wenn sie in ungleicher Zahl einander widersprechen. Die Entscheidung ist aber in beyden Fällen dieselbe. Richtiger lieset daher Schrader a. a. O. not. k. mit Haloander und Senneton *omnino* statt omnia, und schaltet das *eorum* hier aus der folgenden Zeile ein, wo es nach quidam eine unnütze Tautologie macht.

8) Die Florentine und die meisten Ausgaben lesen quidam *eorum*, welches aber mit den vorhergehenden Worten ex his eine auffallende Tautologie macht. Haloander und Senneton haben daher das eorum weggelassen, und Schrader c. l. hat ihm einen schicklichern Platz angewiesen, wie bereits in der vorigen Note bemerkt worden ist.

9) Pothier in Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. XXII. Tit. 3. Nr. XVI. not. a. pag. 636. will statt *sed* quod lieber *et* quod lesen.

miora esse compererit. Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus lux veritatis adsistit.

Daß bey einer solchen Collision der Zeugen nicht die Mehrheit der Stimmen entscheiden, sondern die größere Wahrscheinlichkeit ihrer Aussagen den Ausschlag geben solle, bestätigt auch die Verordnung des Pabsts Innocenz III. *in Cap.* 32. X. *h. t.* welche folgenden Inhalts ist: Cum igitur hinc plures, inde vero sint testes numero pauciores producti, quos non solum diversa, sed adversa penitus in quibusdam constat testimonia reddidisse; *quia etiam ad multitudinem tantum respicere non oportet, sed ad testium qualitatem, et ad ipsorum deposita, quibus potius lux veritatis adsistit, ex quibus motum animi sui convenit iudicem informare:* mandamus, quatenus, si testes utrinque producti eiusdem honestatis et existimationis extiterint, cum constet, testes monachorum esse testibus archidiaconi numero pauciores, pro ipso archidiacono sententiam proferatis. Si vero testes ex parte monachorum producti tantae praeeminentiae fuerint, quod eorum auctoritas aliorum sit merito multitudini praeferenda, ab impetitione archidiaconi absolvatis eosdem.

4) Wenn von mehreren klassischen Zeugen ein jeder zwar über verschiedene Umstände aussagt, die sich aber an sich nicht widersprechen, sondern sich alle auf den zu beweisenden Hauptgegenstand beziehen, so daß also deren Aussagen neben einander bestehen können; so entsteht daraus zwar kein vollständiger Beweis, weil dazu die Ueber-

einstimmung zweyer Zeugen in eben denselben Umstand erfordert wird, hier aber jeder Zeuge nur für sich allein seinen behaupteten Umstand bekräftiget [10]). Allein die Aussagen solcher Zeugen können sich doch wenigstens wechselseitig unterstützen und erläutern. Die Rechtsgelehrten pflegen diese Singularität der Zeugen eine adminiculirende oder cumulative zu nennen [11]). Ob nun wohl in diesem Falle jeder von jedem Zeugen bekundete Thatumstand für sich eigentlich nur zur Hälfte bewiesen ist, so wird doch durch diese Verbindung, da der von dem einen Zeugen bekundete Umstand Vermuthungsgrund für den von dem andern Zeugen ausgesagten ist, ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit begründet, welche nahe an Gewißheit gränzt; es kann aber doch, da der Beweis nicht für vollständig zu achten ist, nur auf den Erfüllungseid erkannt werden. Indessen wollen mehrere [12]) behaupten, daß auch solche einzelne an sich nur halbbeweisende Aussagen zuweilen durch ihre Anzahl, und die Mannigfaltigkeit der Uebereinstimmung, oder durch ihre innere Wahrscheinlichkeit eine Beweiskraft erlangen könnten, welche der einstimmigen Behauptung zweyer vollgültigen Zeugen gleichkommt [13]). Eben dieser Meinung ist auch Hellfeld.

10) *L.* 9. §. 1. *Cod. h. t.*

11) S. Struv Synt. iur. civ. T. II. Exerc. XXVIII. §. 48.

12) Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 87. a. E. Schneider vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 167. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. VII. Abschn. §. 34. S. 192.

13) Müller ad Struvium Tom. II. Exercit. XXVIII. §. 48. not. π.

5) Herrscht in den Aussagen der Zeugen eine Dunkelheit, so müssen, um dieselbe zu heben, die Zeugen, wenn sie noch leben, und leicht noch selbst befragt werden können, noch einmal vernommen werden [14]. Ist aber wegen erfolgten Todes, oder wegen Abwesenheit und weiten Entfernung derselben eine solche persönliche Erklärung ihrer Aussagen nicht mehr zu bewirken; so können dunkele oder zweydeutige Zeugenaussagen im Zweifel nicht geradezu gegen den Producenten, oder zum Vortheil des Beklagten ausgelegt werden [15]; sondern es treten die gewöhnlichen Erklärungsregeln ein, welche bey der Art von Geschäften zur Anwendung kommen, dergleichen durch die Zeugen hat bewiesen werden wollen [16]. Uebrigens wird bey jeder Zeugenaussage vorausgesetzt, daß der Satz, welchen der Zeuge bejahet, logisch und physisch möglich sey, d. h. er darf so wenig mit den obersten Gründen der Vernunft, als den uns bekannten Naturgesetzen und Erfahrungen im Widerspruche stehen. Er muß wenigstens physisch nicht ganz unwahrscheinlich seyn [17].

6) Ein Beweis durch Zeugen ist in der Regel nur dann für vollständig geführt zu halten, wenn zwey voll-

14) *Cap.* 53. X. *de testib.*

15) *Dan.* Nettelbladt Systema elem. iurisprud. positivae Germanor. communis. §. 247. Anderer Meinung ist jedoch *Jo. Sal.* Brunquell in Diss. de ratione dicti testium. §. 32. in Opuscul. pag. 663.

16) K. G. Neundorf vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. Ulm 1805. Nr. XVII. S. 200. ff.

17) G. von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. VII. Abschn. §. 36. ff.

gültige Zeugen in ihren Aussagen über dieselbe Thatsache mit einander übereinstimmen. Der Grund der mit der übereinstimmenden Aussage zweyer von einander unabhängiger, und über alle Einwendung erhabener Zeugen verbundenen vollen juristischen Gewißheit beruhet darin, weil es nicht wahrscheinlich ist, daß zwey glaubwürdige Personen, welche denselben Umstand beobachteten, und beyde Ebendasselbe als ihre Wahrnehmung angeben, durch ihre Sinnen sollten getäuscht worden seyn; welches hingegen bey der Aussage eines einzelnen, wenn gleich an sich klassischen Zeugen, immer noch zweifelhaft bleibt. Daher reicht ein Zeuge zu einem vollständigen Beweise nicht hin. Hierin stimmen auch alle bekannte Gesetzgebungen überein. Die mosaische [18], die römische [19]), die kanonische [20]) und

18) IV. B. Mosis Kap. 35. V. 30. V. B. Kap. 17. V. 6. Kap. 19. V. 15. „Es soll kein einzelner Zeuge wider Jemand auftreten wegen irgend einer Missethat, sondern in dem Munde zweyer oder dreyer Zeugen soll die Sache bestehen." S. Michaelis mosaisches Recht. 6. Th. §. 299.

19) *L.* 12. *D. h. t.* ULP. *libr. XXXVII. ad Edictum.* Ubi numerus testium non adjicitur, etiam *duo* sufficient: pluralis enim elocutio *duorum numero* contenta est. — *L.* 9. §. 1. *Cod. eodem.* Imp. CONSTANTINUS. Simili modo sanximus, *ut unius testimonium nemo iudicum in quacunque causa facile patiatur admitti.* Et nunc manifeste sancimus, *ut unius omnino testis responsio non audiatur*, etiamsi praeclarae Curiae honore praefulgeat. Add. *L.* 20. *D. de quaestion.*

20) *Cap.* 4. 5. 10. *et* 23. *X. h. t.* In dem letztern Text heißt es: Quia non est licitum alicui Christiano, et multo minus crucis Christi inimico, ut causae suae

deutsche [21]). Es giebt jedoch Ausnahmen. Zuweilen erfordern die Gesetze mehr als zwey Zeugen; nämlich drey zum vollen Gegenbeweise gegen eine öffentliche Urkunde [22]). Eben soviel sollen eine Handschrift über ein Darlehn, welches supra quinquaginta libras auri beträgt, unterschreiben; eben soviel auch die Quittung bey der Heimzahlung eines solchen Darlehns [23]). Fünf, zum Beweise der Zahlung einer schriftlich eingestandenen Schuld, über deren Zurückzahlung man sich keine Quittung hat ausstellen lassen [24]). Eben diese Zahl erfordert Justinian bey Errichtung eines schriftlichen Contracts, welchen derjenige eingehen will, der des Schreibens unkundig ist, *ut ita talium instrumentorum suscipiatur fides* [25]). Ferner bey

unius tantum quasi legitimo testimonio finem imponat: Mandamus, quatenus, si inter vos et quoscunque Judaeos emerserit quaestio, in qualibet causa Christiani, et maxime Clerici, *non minus, quam duorum vel trium virorum*, qui sint probatae vitae, et fidelis conversationis, testimonium admittatis, iuxta illud Dominicum: *In ore duorum vel trium testium stat omne verbum;* quia licet quaedam sint causae, quae plures, quam duos exigant testes, *nulla est tamen causa, quae unius testimonio (quamvis legitimo) terminetur.* Add. *Can.* 8. *Caus. XXXIII. Qu.* 2.

21) P. Gerichtsordn. Carls V. Art. 67. und Art. 30.

22) *Cap.* 10. *X. de fide instrum.*

23) *L.* 17. *Cod. Si certum petat.*

24) *L.* 18. *Cod. h. t.* S. *God. Lud.* MENCKEN Commentat. in hanc L. 18. *Lipsiae* 1748.

25) *Nov. LXXIII.* Cap. 8. et 9.

Codicillen[26]) und Schenkungen von Todes wegen[27]). So erfordert auch der Prätor zur Untersuchung der Schwangerschaft einer Wittwe fünf sachkundige Frauenspersonen[28]). Sieben Zeugen bey feyerlichen Privattestamenten[29]). Ehemals auch bey den Ehescheidungen der Römer, welche per libellum repudii geschahen, zu deren Gültigkeit und vollen Beweis die Lex Julia de adulteriis die Gegenwart von 7 Zeugen, welche mündig und Röm. Bürger seyn mußten, erforderte[30]). Mehrere Fälle, wo zwey Zeugen nicht genügen, führen Nepos de Monte Albano[31]), und Johann Ortwin Westenberg[32]) an. Die Aussage eines einzigen klassischen Zeugen enthält zwar nach dem Gerichtsgebrauche nur einen halben Beweis, es

26) *L. ult.* §. *ult. Cod. de codicill.* *L.* 28. §. 1. *Cod. de testam.* *L. ult. C. eodem.*

27) *L. ult. Cod. de mortis causa donat.*

28) *L.* 1. §. 10. *D. de ventre inspic.*

29) *L.* 12. *Cod. de testam.* *L.* 32. *Cod. de fideicomm.* S. meine Dissertation de testamenti privati solemnis probatione per septem testes in eo ordinando adhibitos instituenda. (*Opuscul. iurid.* Fascic. I. Nr. I.)

30) *L.* 9. *D. de divort.* *L. un.* §. 1. *in fin. D. Unde vir et uxor.* *L.* 43. *D. ad L. Jul. de adult.* *L.* 35. *D. de donat. inter vir. et uxor.* *Jo. Guil.* Hoffmann lib. sing. ad Leg. Juliam de adulteriis coercendis. Cap. V. §. 8. *Ge. Aug.* Marche Histor. iur. civ. de divortiis. *Lipsiae* 1764. §. 9.

31) Tract. de testibus. num. 81. sqq. in Tract. *de testibus probandis et reprobandis.*

32) Princip. iuris secundum ord. Digestor. h. t. §. 21 — §. 25. Man sehe auch meine angef. Dissertation. §. 2. in *Opusc.* Fasc. I. pag. 7. sqq.

kann aber dieser zuweilen genügen, wenn nämlich die Gegenparthey dieselbe als vollständig beweisend gegen sich gelten lassen will. Denn es gilt hier blos ihrem eigenem Rechtsvortheil, und diesem kann sie ja freywillig entsagen [33]. Da jedoch ein Verzicht so einschränkend, als möglich, erklärt werden muß, so ist in einem solchen Falle nothwendig, daß der Product seine Einwilligung desfalls deutlich erkläre, und folglich nicht nur in die vollkommene Glaubwürdigkeit der Person, sondern auch in die vollständige Beweiskraft der Aussagen des einzigen Zeugen ausdrücklich einwillige. Denn die bloße Erklärung desselben, daß er den Zeugen für glaubwürdig halte uud anerkenne, würde im Zweifel nur für einen Verzicht auf die gegen die Person dieses Zeugen, und desselben Aussagen zu machenden Einwendungen zu halten seyn [34]. Eben so ist es auch dem Erblasser gestattet, in seinem Testamente zu verordnen, daß das Zeugniß einer bestimmten Person in einem gewißen Falle zwischen seinen Erben entscheidend seyn solle; es muß jedoch dieser Zeuge, wenn es ein Erbe verlangt, sein Zeugniß beschwören [35]. Daß auch das Zeug-

33) *L.* 29. *Cod. de pactis.* Est regula iuris antiqui, *omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare. Casp. Henr.* Horn Diss. de probatione plena per unum testem. *Wittebergae* 1693. Cap. IV. Th. 2. und *J. C.* Fincke Diss. de unius testis confessione. *Goett.* 1798.

34) S. Christ. Heinr. Gmelin über die Beweiskraft eines Zeugen wider denjenigen, welcher selbst ihn als Zeugen aufgeführt oder benutzt hat. Tübingen 1806. §. 30.

35) *L.* 14. *D. de dote praelegata.* Horn cit. Diss. Cap. IV. Th. 3.

niß einer beeidigten öffentlichen Person über dasjenige, was zu ihren Amtsgeschäften gehört, eine vollständige Beweiskraft habe, ist bekannt [36]), und hat seinen Grund darin, weil solche öffentliche Personen in ihren Amtsgeschäften die Vermuthung eines legalen Verfahrens für sich haben. Es kann daher diese außerordentliche Glaubwürdigkeit nicht auf diejenigen Aussagen öffentlicher Personen erstreckt werden, welche einen von deren Amtsgeschäften ganz abgesonderten Umstand oder Ereigniß betreffen, weil sie in diesem Falle nicht in der Eigenschaft einer öffentlichen Person, sondern nur als Privatperson ein Zeugniß ablegen [37]). Wenn ferner in possessorio summario die Aussage eines einzigen unverdächtigen Zeugen für genügend angenommen wird [38]); so beweist dieß nur eigentlich soviel, daß in diesem Prozeße auch schon ein

36) *Cap.* 23. *X. de election.* I. 6. Et pro his, quae a iudice sunt acta, praesumitur, quod omnia rite fuerint celebrata. *L.* 5. §. 13. *D. de reb. eor. qui sub tut.* *L.* 5. *Cod. de exactor. tributor.* *L.* 1. §. 12. *D. de offic. Praef. urbi.* *Cap.* 19. *X. de appellat.* *L.* 21. *in fin. Cod. ad L. Corn. de falsis.* *Nov. LXXIII. Cap.* 7. Mevius Part. I. Decis. 118. Gmelin in der angef. Schrift. §. 27.

37) *Cap.* 28. *et* 40. *X. h. t.* *L.* 9. §. 1. *Cod. eodem.* *Jac. Frid.* Ludovici Diss. de iudice extra acta aliquid asserente. §. 27.

38) Menochius de retinendae possessionis remed. n. 34. Brunnemann Commentar. ad L. 9. Cod. de testib. Horn cit. Diss. Cap. III. Th. 5. Wernher Select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 95. Ernst Friedr. Pfotenhauer Abh. über das gerichtl. Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 21.

unvollständiger Beweis genügt [39]), obwohl auch dieß nicht von allen Rechtsgelehrten eingeräumt wird [40]). Nach den Verordnungen des canonischen Rechts wird zwar auch durch die Aussage eines einzigen Zeugen eine noch nicht vollzogene Ehe gehindert [41]), allein es wird damit dieser Aussage keine volle Beweiskraft beygelegt, sondern blos zu erkennen gegeben, daß eine Ehe nicht geschlossen werden dürfe, so lange ein Hinderniß derselben auch nur unvollständig bewiesen ist [42]). Ganz unrichtig hingegen ist es, wenn man auch zum Beweise des Todes eines Abwesenden [43]), desgleichen zum Beweise der Unschuld eines Angeklagten [44]), schon die Aussage eines einzigen Zeugen für

39) Gmelin angef. Abh. §. 29. S. 83. und Leonh. Lud. Gottl. Süptitz Lehrbuch der summarischen Prozesse. §. 86.

40) Man sehe Boehmer Diss. de vero usu remedii possessorii Cap. I. §. 5—7. (Exercitation. ad Pand. T. V. Exerc. 90.) und Gönner Handbuch des gemeinen Prozeßes. 4. B. Nr. LXXXI. §. 27.

41) *Cap.* 22. X. *h. t.* *Cap.* 12. X. *de sponsalib.*

42) Gmelin angef. Abh. §. 28. S. 79. a. E.

43) Wie z. B. Müller ad Struvium. Exercit. X. §. 66. Not. α. Allein man sehe Hertii Diss. de apertura testamentor. §. 14. (in *Opusc.* Vol. II. Tom. III. p. 265.) und den 7ten Th. dieses Commentars. §. 562. S. 493.

44) Mascardus de probat. Concl. DCCCCIV. in fin. Frommann Diss. de innocentiae praesidio. Th. 30 Horn Disp. cit. de probat. plena per unum testem. Cap. III. Th. 3. Canz Tr. de probabilitate iuridica. §. 153. not. b. Man sehe aber v. Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit. 2. Th. VII. Absch. §. 19. Not. *) u. Gmelin über die Beweiskraft eines Zeugen. §. 29. S. 82.

vollkommen beweisend annehmen will. Gemeiniglich stellt man hier auch den Satz auf, daß ein Zeuge wider denjenigen, welcher selbst ihn als Zeugen aufgeführt, oder in einem Rechtsstreite benutzt hat, vollständig beweise [45]). Man sagt, wer einen Zeugen für sich aufgeführt hat, habe durch die Production diesen Zeugen auch für tauglich zur Hervorbringung eines rechtlichen Beweises anerkannt; er könne daher auch nachher gegen die Person und Glaubwürdigkeit dieses Zeugen, welchen er einmal gebilliget hat, keine Einwendungen machen; daher beweise auch schon ein einziger Zeuge gegen den Producenten vollständig. Allein hier ist Wahrheit und Irrthum vermischt, mögen diese Sätze auch noch so lange in der Praxis gegolten haben, in welche Farinacius [46]) sie einführte. Ihre Anwendung streitet gegen Recht und Billigkeit, wie in der angezeigten Schrift [47]) auf eine vollkommen überzeugende Art ist ausgeführt worden. Es ist wahr, in der Handlung der Production liegt eine stillschweigende Anerkennung

45) S. MASCARDUS de probation. Part. III. Concl. 1242. fol. 250. sqq. MENOCHIUS de arbitrariis iudicum quaestionib. Cas. XCIX. nr. 13. FARINACIUS Tr. de testibus Tit. VI. Qu. 62. Fol. 221. VULTEIUS Consil. Marburg. Vol. I. Cons. XV. nr. 61. et 174. Vol. II. Cons. VIII. nr. 24. Cons. XXX. nr. 133. HARPPRECHT Consil. Tubing. Vol. I. Cons. V. nr. 165. SCHOEPF Select. Decis. Decis. CCII. Nr. 1. et 2. et Decis. CCXXIV. nr. 28.

46) Cit. loc.

47) Christ. Heinrich Gmelin über die Beweiskraft eines Zeugen wider denjenigen, welcher selbst ihn als Zeugen aufgeführt oder benutzt hat. Tübingen 1806. 8.

der Glaubwürdigkeit des producirten Zeugen; falsch aber ist es, daß der Producent sich dadurch aller und jeder Einreden gegen den aufgeführten Zeugen begeben habe. Man unterscheide vielmehr. 1) Ist von Einreden gegen die Person des Zeugen die Rede, so waren diese Einreden entweder zur Zeit der Production schon vorhanden, und auch dem Producenten bekannt, oder nicht. Nur in dem ersten Falle kann der Producent diese Einreden nicht weiter vorbringen, weil er sich derselben stillschweigend begeben hat. Dahingegen läßt sich keinesweges behaupten, daß der Producent auch auf diejenigen Einreden Verzicht geleistet habe, welche entweder zur Zeit der Production des Zeugen noch gar nicht existirten, oder wenn sie auch damals schon vorhanden, doch dem Producenten wenigstens unbekannt waren, weil ein Verzicht nie auf das, woran man nicht gedacht hat, ausgedehnt werden kann. 2) Ist von Einreden gegen die Aussagen des producirten Zeugen die Rede, so läßt sich hier vollends kein stillschweigender Verzicht annehmen, weil ja diese Aussagen dem Producenten zur Zeit der Production des Zeugen, und also auch die Einreden dawider noch völlig unbekannt waren. Erst durch sein Stillschweigen bey Eröfnung der Aussagen seiner Zeugen verliert er die Einreden gegen diese Aussagen. Es ist jedoch nöthig, die Gesetze selbst hierüber vor allen Dingen zu vergleichen. Das Gesetz, worauf sich alle berufen, ist die *L.* 17. *Cod. de testibus*, welche folgendermaßen lautet.

Imp. Justinianus A. *Mennae* P. P.

Si quis testibus usus fuerit, iidemque testes adversus eum *in alia lite* producantur: non licebit

ni personas eorum excipere, nisi ostenderit, inimicitias inter se et illos *postea* emersisse, ex quibus testes repelli leges praecipiunt: non adimenda scilicet ei licentia, *ex ipsis depositionibus* testimonium eorum arguere. Sed et si liquidis probationibus datione vel promissione pecuniarum eos corruptos esse ostenderit, etiam eam allegationem integram ei servari praecipimus. Dat VII. Kal. Jun. D. N. Justiniano A. Cons. 528.

Es ist hier von dem Falle die Rede, da ich in einem Rechtsstreite gewisse Zeugen für mein Interesse gebraucht habe, welche nachher in einem andern Rechtsstreite gegen mich aufgeführt werden. Ob sie von meinem ehemaligen Gegner, oder von einem Dritten gegen mich producirt werden, bestimmt das Gesetz nicht näher, es kann also auch wohl keinen Unterschied machen, so wie es denn auch wohl wegen des Wörtchens *quis* gleichviel seyn kann, ob ich als Producent, oder als Product die Zeugen für mich gebraucht habe. Dem Gebrauche dieser Zeugen für mein Interesse wird nun die rechtliche Folge beygelegt, daß ich jetzt keine Einwendungen gegen ihre Person machen darf. Daß aber dieses nicht ohne alle Ausnahme gelten solle, bestimmt das Gesetz deutlich. Der Zusammenhang zeigt klar, daß dieses nur von solchen Einreden gelte, welche zu der Zeit, als ich in meinem Prozeße von den Aussagen dieser Zeugen Gebrauch machte, factisch schon begründet, und mir auch bekannt waren. Denn könnte ich darthun, daß nachher zwischen mir und ihnen eine solche Feindschaft entstanden sey, welche einen Zeugen nach den Gesetzen verwerflich macht, oder könnte ich durch ganz liquide Beweise sogleich ausser Zweifel setzen, daß diese Zeugen in dem ge-

genwärtigen Prozeß durch Geschenke oder Versprechungen gegen mich bestochen seyen; so bleiben mir diese Einwendungen unbenommen. Ob nicht auch andere erst nachher entstandene oder bekannt gewordene Einreden gegen die Person eines Zeugen Statt haben sollten, könnte zweifelhaft scheinen, weil gerade die Feindschaft und Bestechung nur als Ausnahmen angeführt worden sind. Allein es ist wohl eher zu glauben, daß die Anfrage des Menna, an welchen diese Constitution gerichtet ist, nur diese zwey Ausnahmen namentlich enthalten habe, als daß der Gesetzgeber seine Verordnung nur auf diese allein habe beschränken wollen. Denn man setze, der Zeuge, welchen ich in meinem früheren Prozeße für mich gebrauchte, stehe mit meinem Gegner in dem jetzigen Prozeße, als Verwandter, Schwager, oder Freund, in solchen Verhältnissen, welche ihn jetzt offenbar verdächtig oder verwerflich machen, wäre es nicht höchst unbillig, wenn ich den Zeugen, den ich in meinem früheren Rechtsstreite als glaubwürdig und unpartheyisch gegen meinen damaligen Gegner aufführen konnte, nun auch wider meinen jetzigen Gegner, in Ansehung dessen er als ein offenbar verdächtiger Zeuge erscheint, als glaubwürdig und beweisfähig gegen mich gelten lassen müßte? Es ist daher mit vollkommenem Grunde anzunehmen, daß der Gesetzgeber andere nachher entstandene oder bekanntgewordene Einreden gegen die Person des Zeugen keineswegs habe ausschließen wollen, sondern die Feindschaft und Bestechung nur Beyspielsweise angeführt habe. Der Producent muß nur aber zu beweisen im Stande seyn, daß die Einrede, welche er jetzt gegen die Person des Zeugen, dessen Aussagen er in einem früheren Prozeß für sich benutzt hatte, vorbringt, entweder erst nachher entstanden,

oder wenigstens erst nachher ihm bekannt geworden sey. Eines solchen Beweises bedarf es denn aber freylich in Ansehung derjenigen Einreden nicht, welche aus der Beschaffenheit und dem Inhalt der Aussagen des Zeugen hergenommen werden, denn diese bleiben dem Producenten auch ohne jene Voraussetzung unbenommen. Der Sinn der ganzen Verordnung geht nun also dahin: Wenn Jemand in seiner eigenen Sache, es sey als Producent oder Product, sich eines Zeugen bedient hat, welcher in einem andern Rechtsstreite, es sey von seinem damaligen, oder einem dritten Gegner, gegen ihn aufgeführt wird; so darf er zwar gegen die Person desselben diejenigen Einreden nicht weiter vorbringen, welche ihm zur Zeit seines Gebrauchs bekannt waren, dahingegen bleiben ihm diejenigen unbenommen, von welchen er auf eine überzeugende Art darthun kann, daß sie zu der Zeit, als er in dem früheren Prozeß von den Aussagen dieses Zeugen Gebrauch machte, noch nicht existirten, oder ihm damals noch nicht bekannt waren; auf jeden Fall aber bleiben ihm diejenigen Einreden, welche er unmittelbar aus den Aussagen selbst schöpfen kann, auch ohne diese Voraussetzung vorbehalten [48].

Da die *L.* 17. *C. h. t.* ausdrücklich nur von dem Falle spricht, wenn derjenige, welcher die Aussage eines Zeugen gebraucht hat, nachher in einem andern Rechts-

48) In den *Basilicis* Tom. II. pag. 522. heißt es: Τοῦτο *γὰρ μόνον ἔιπεν ἡ διάταξις, μὴ δύνασθαι ἀυτὸς παραιτήσασθαι, οὐ μὴν ἕνα καὶ πάντως πιστεύσωσι τῇ τούτων φωνῇ.* i. e. *Hoc enim tantum constitutio dicit, non posse eos refelli* (sc. testes), *non autem, quod omnimodo testationi eorum fides adhibenda sit.*

streite, in welchem dieser Zeuge wider ihn producirt wird, die Glaubwürdigkeit der Person desselben anfechten will; so entsteht die Frage, was in dem Falle Rechtens sey, wenn der Zeuge in derselben Rechtssache, worin er aufgeführt worden, gegen seinen Producenten ausgesagt hat? Kann auch hier der Producent die Glaubwürdigkeit der Person dieses Zeugen anfechten? Mehrere auch selbst neuere Rechtsgelehrten [49]) tragen kein Bedenken diese Frage zu verneinen, weil der Producent dadurch, daß er den Zeugen vorführe, dessen Eigenschaften durchaus für vollgültig anerkenne; darum könne er gegen desselben Glaubwürdigkeit keine Einwendungen machen, wenn der Product seine Aussagen zu seinem Vortheile gebraucht, oder sich derselben bey seinem Gegenbeweise bedient. Man behauptet sogar, daß diese Umkehrung des Zeugen seine moralischen, und selbst die relativen physischen Mängel aufhebe. Doch giebt man zu, daß dieses nur im Civilprozeß gelte, wo die Beweisführung mehr ein conventionelles Ansehen hat, als im Criminalprozeß, wo man die Wahrheit aus ihrer lautersten Quelle schöpfen müsse, und wo das Versehen oder der Starrsinn des Beklagten kein Grund seyn könne, den Maaßstab des Beweises zu ändern. Hier dürfe dem Zeugen, welchen er zu seiner Vertheidigung vorführt, wenn selbiger gegen ihn aussagt, nicht mehr geglaubt werden, als aus den beyderseitigen Verhältnissen nothwendig folgt; dahingegen im Civilprozeß die zufällige Perfectibilität

49) Danz Grundſ. des ordentl. Prozesses. §. 307. S. 449. der Gönn. Ausgabe. von Gönner Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXIX. §. 8. S. 314. der 2ten Aufl. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 2. Th. VII. Abschn. §. 20.

des Zeugen als eine Prozeßstrafe anzusehen sey, damit der Beweisführer bey der Würdigung seiner Zeugen desto aufrichtiger zu Werke gehe[50]. Andere[51] unterscheiden, ob der Zeuge wegen Mangels der zur persönlichen Glaubwürdigkeit erforderlichen physischen oder moralischen Eigenschaften unzuläßig sey, oder ob blos persönliche Verhältnisse des Zeugen gegen den Producten, oder dessen Sache ihn, wenn der Product Producent gewesen wäre, zu einem mangelhaften oder auch ganz unzuläßigen Zeugen gemacht haben würden, wie z. B. Verwandtschaft zwischen dem Zeugen und dem Producten. In jenem Falle finde die Regel, daß derjenige, der einen Zeugen für sich anführt, denselben auch gegen sich gelten lassen müsse, keine Anwendung, weil hier der Product den Zeugen nicht für den Producenten gelten lasse, er könne also auch nicht verlangen, daß er gegen denselben gelte. In dem letztern Falle hingegen sey es billig und der Natur der Sache gemäß, daß auch dasjenige, was der Zeuge zum Nachtheil des Producenten geäussert habe, ohne Rücksicht auf jene Verhältnisse für wahr angenommen werde, weil der Product den Zeugen gegen sich gelten lassen müsse. Eine Ausnahme finde nur alsdann Statt, wenn der Producent von den persönlichen Verhältnissen des Zeugen gegen den Producten oder dessen Sache vorher nichts gewußt habe. In diesem Falle kämen nämlich dem Producten die auf diesen Verhältnissen beruhenden Einwendungen gegen die Zulässigkeit oder Vollgültigkeit des Zeugen insofern noch zu statten, als er zugleich auf alle für ihn vortheilhafte Aus-

50) von Globig a. a. O. S. 201.

51) Schneider vollst. Lehre vom rechtl. Beweise. §. 174. u. 175. und Anmerk. XXXIX. S. 477. f.

sagen desselben Verzicht thut. Diesen letztern Fall einer auf persönliche Verhältnisse sich gründenden Einwendung habe Kaiser Justinian in der hierher gehörigen *L.* 17. *Cod. h. t.* vor Augen gehabt.

Es hat zwar keinen Zweifel, daß derjenige, welcher in einem Rechtsstreite einen Zeugen über einen gewissen streitigen Thatumstand ernannt hat, wenn dieser Zeuge gegen ihn aussagt, und der Product diese Aussage in demselben Prozeße für sein Interesse benutzt, gegen die Glaubwürdigkeit der Person des Zeugen keine Einwendungen machen könne, wenn gleich von diesem Falle eigentlich die angeführte L. 17. nicht spricht. Schon der allgemeine Grundsatz, was man einmal gebilliget hat, kann man nachher nicht mißbilligen und verwerfen[52]), bringt diese Entscheidung mit sich. Eben so gewiß muß aber doch auch nach der Analogie der L. 17. hier die Ausnahme Statt finden, daß nicht nur alle nachher erst entstandene, oder nachher bekannt gewordene Einreden gegen die Person des Zeugen noch vorgebracht werden dürfen, sondern auch die Einwendungen gegen die Aussagen des Zeugen dem Producenten vorbehalten bleiben. Der Grund ist hier ganz der nämliche, weil die stillschweigende Anerkennung der Glaubwürdigkeit des Zeugen, welche in der Handlung der Production liegt, nie mehr, als das dem Producenten Bekannte in sich schließen kann. Auf keinen Fall ist jedoch durch dieses Gesetz der Richter beschränkt, auf die die Glaubwürdigkeit des Zeugen gänzlich aufhebende Hindernisse Rücksicht zu nehmen. Er kann daher einen absolut unfähigen Zeugen von Amtswegen verwerfen, oder, wenn ihm der Grund

52) *L.* 9. *D. de negot. gest. Cap.* 21. *de regul. iuris in VIto. L.* 19. *Cod. de testib.*

seiner Verwerflichkeit erst nach der Abhörung bekannt geworden seyn sollte, dessen Aussage für ganz untauglich erklären, selbst wenn er von beyden Partheyen wäre producirt worden. Die Verordnung des Pabsts Cölestinus III. in dem *cap. 7. X. de testibus cogend. vel non*, wo es heißt: Huiusmodi vero testes *publico iure* possunt propter infamiam a perhibendo testimonio removeri, si eam, *postquam in commune recepti fuerant*, contigerit contraxisse, in welchen Worten auch die nachher sich zugezogene Ehrlosigkeit eines als glaubwürdig von beyden Theilen anerkannten Zeugen für ein rechtmäßiger Grund, denselben zu verwerfen, anerkannt wird, setzt dieses ausser Zweifel.

Daß nun aber schon ein einziger Zeuge wider den Producenten oder denjenigen, welcher seine Aussage in einem Rechtsstreite für sich benutzt hat, vollständig beweise, sagt kein einziges der angeführten Gesetze. Was könnte auch unbilliger und rechtswidriger seyn? Denn da der Producent auch durch die günstigste Aussage eines einzigen klassischen Zeugen nicht mehr als einen halben Beweis bewirken kann, wie kann demselben zugemuthet werden, daß er die Aussage dieses Zeugen, da, wo sie ihm nachtheilig ist, für einen vollständigen rechtlichen Beweis gegen sich gelten lasse?

Ein sehr räthselhaftes Gesetz, welches man hier zu berühren pflegt, ist die *L. 23. D. h. t.* Es ist aus des Venulejus *Lib. I. de iudiciis publicis* entlehnt, und lautet folgendermaßen. Produci testis *is*[53]) non potest,

53) Dieses *is*, welches die Florentine hier nach testis einschaltet, fehlt in den meisten Handschriften, auch in dem Erl. Codex. SCHRADER ad h. L. not. e. pag. 73. hält es für eine Glosse.

qui ante in eum reum testimonium dixit. Nach der Ueberschrift dieser Stelle zu urtheilen, handelte Venulejus vom Criminalprozeß. Dieß hat auch den Anton Matthäi[54]) veranlaßt, den Ausspruch des Venulejus blos auf Criminalfälle einzuschränken, und demselben die Deutung zu geben, in peinlichen Fällen könne derjenige nicht noch einmal gegen den Angeschuldigten als Zeuge zugelassen werden, der schon ein Zeugniß wider denselben abgelegt hat. In einem Civilprozeß, meint er, gehe das wohl an, daß der nämliche Zeuge gegen denselben Beklagten mehrmals producirt werde. Allein in peinlichen Fällen stehe der Grund entgegen, daß derjenige, welcher gegen denselben Angeschuldigten öfters als Zeuge erscheint, hierdurch ein Feind desselben zu seyn verrathe, der nach seinem Leben und Blute zu dürsten scheine. Auf eben die Art haben auch Franz Duarenus[55]) und Wilh. Fornerius[56]) die Stelle des Venulejus verstanden. Man sucht diese Erklärung auch durch die Nov. 90. Kap. 7. zu unterstützen, wo das Zeugniß der Feinde und Ankläger verworfen wird. Allein die viel ausgedehntere Bedeutung des Worts *reus*, welches hier gebraucht worden, erlaubt eine solche einschränkende Erklärung in einem Titel nicht, welcher von Zeugen überhaupt handelt. Auch die Basiliken[57]) haben diese Stelle ganz allgemein ausgedrückt: Ὁ *κατα τινός ἤδη μαρτυρήσας*, so heißt es daselbst, *ὀυ μαρτυρεῖ πάλιν κατ᾽ ἀυτοῦ.* i. e. *Qui iam ante in*

54) De criminibus. Lib. XLVIII. Dig. Tit. 15. Cap. 2. nr. 3.

55) Disputation. anniversariar. Lib. I. cap. 29.

56) Selection. Lib. II. cap. 10.

57) Tom. II. Lib. XXI. Tit. 1. Const. 23. pag. 516.

aliquem testimonium dixit, rursus in eum produci non potest. Sie muß also auch ganz allgemein verstanden werden, es mag von einer Civil- oder Criminalsache die Rede seyn. Denn es ist kein hinreichender Grund vorhanden, warum es in einer Criminalsache anders seyn sollte, als in einer Civilsache. Wie wenn ein solcher Zeuge ein wahres Zeugniß gegen den Angeschuldigten abgelegt hat, warum soll er für einen Feind desselben gehalten werden? warum soll man nun seinem Zeugniß nicht mehr trauen, wenn er nachher wieder gegen denselben als Zeuge aufgeführt wird?

In den Scholien der Basiliken [58]) wird eine doppelte Erklärung von dieser Stelle angegeben. Es heißt daselbst: *Δὶς ουδεὶς δυνάται καταμαρτυρεῖν. δοκεῖ γὰρ ὡς ἐχθρὸς τοῦτο ποιεῖν, δυνάται δὲ καὶ ἄλλως ἐιπεῖν. ὀυ δυνάταί τις ὑπέρ ἐκείνου μαρτυρῆσαι οὗ τινός πρότερον ἐναγομένου κατεμαρτύρησε. δοκεῖ γὰρ ὥσπερ πρόθεραπένων ἀυτὸν τουτο ποιεῖν ὑπὲρ ὧν πρώην ἀυτοῦ κατεμαρτύρησε.* i. e. *Nemo adversus eundem testimonium dicere potest: videtur enim quasi inimicus hoc facere. Potest autem et aliter dici. Non potest quis* PRO EO *testimonium dicere, qui ante in eum reum testimonium dixit: videtur enim id facere, ut hoc officio eum demereatur, in quem antea testimonium dixit.* Es wird aber die letzte Erklärung nachher als falsch verworfen. Αμφιβάλλω *περὶ τούτου. μᾶλλον δὲ ανενδοιάστως φησὶ ψεῦδος τουτό.* i. e. *Ego de eo dubito: imo vero sine dubio falsum est.* Die letzte Erklärung soll nämlich der *L.* 17. *Cod. h. t.* entgegenstreiten, wor-

58) Tom. II. pag. 560. Schol. h.

auf der Scholiast verweißt. Allein diese Erklärung stimmt zwar mit Const. 23, so wie die Basiliken solche griechisch übertragen haben, nicht überein; aber mit der *L.* 17. *Cod. h. t.* steht sie in keinem Widerspruche, weil dieses Gesetz von dem Falle spricht, da ein Zeuge in einem andern Rechtsstreite gegen den aufgeführt wird, welcher desselben Aussage in einem frühern Prozeße benutzt hatte; dahingegen der *idem reus* in der *L.* 23. *D. h. t.* ohne Zweifel eben derselbe Verklagte in demselben Rechtsstreite ist. Ein späterer griechischer Ausleger, Constantinus Harmenopulus[59]) nimmt daher die letzte Erklärung als die richtigere an. Er sagt nämlich: *Ὁ κατά τινος ἤδη μαρτυρήσας, οὐ μαρτυρεῖ πάλιν ὑπέρ αὐτοῦ.* i. e. *Qui iam ante in aliquem testimonium dixit, non potest iterum* PRO EO *testis produci.*

Die Glosse des Accursius hat viererley Erklärungen. Nach der ersten kann ein Zeuge von demjenigen, gegen welchen er gezeugt hat, in demselben Rechtsstreite nicht mehr producirt werden: quia praesumitur esse testis redemptus. Die andere ist: derjenige, welcher in einem andern Rechtsstreite ein falsches Zeugniß gegen Jemand abgelegt hat, kann gegen denselben nicht wieder zum Zeugen aufgeführt werden; quia, qui semel est malus, praesumitur et postea. Die dritte Erklärungsart ist, daß nach Eröfnung der Zeugenaussagen derselbe Zeuge in derselben Sache nicht wieder aufgeführt werden könne. Endlich die vierte geht dahin, daß ein Zeuge überhaupt in derselben Sache nicht zweymal producirt werden könne. Nach der ersten, zweyten und

59) Προχειρον s. Promptuar. iuris. Lib. I. Tit. 6. §. 55.

dritten Erklärung sey übrigens kein Unterschied, der *reus* sey accusatus oder conventus.

Von allen diesen Erklärungsarten weicht Wilhelm Budäus[60]) ab. Er hält die Stelle, so wie sie lautet, für corrupt, und sucht den Text auf folgende Art zu verbessern. Produci testis non potest *in reum*, qui ante *in eum* testimonium dixit. Der Sinn sey also der, daß derjenige wider den Beklagten nicht als Zeuge zugelassen werden könne, wider welchen derselbe Beklagte vorhin ein Zeugniß abgelegt hat, weil zu besorgen ist, der Zeuge werde sich an dem Beklagten rächen. Dieser Emendation geben auch Busius[61]) und Doneau[62]) ihren Beyfall. Nur dem Cujaz[63]) mißfällt sie schlechterdings, er versteht vielmehr die Stelle so: Wer vorher wider den Beklagten ein Zeugniß abgelegt hat, kann nicht wieder für denselben als Zeuge aufgeführt werden. Quemadmodum enim; sagt er, reprobare testem in alia causa semel probatum nequeo[64]), ita probare sine pudore non possum, quem semel excepero et refutavero. Er billiget also hiermit die erste Erklärung des Accursius, und sucht sie besonders durch das Ansehen des Harmenopulus zu unterstützen.

60) Annotation. prior. et posteriores in Pand. Fol. 200. lit. H. (*Lutetiae* 1556. f.)

61) Subtilitat. iuris. Lib. I. Cap. 16.

62) Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. XXV. Cap. 4. pag. 1346. (*Francof.* 1626. f.)

63) Observation, Lib. II. cap. 23.

64) *L.* 17. *Cod. de testib.*

Daß Cujaz die Verbesserung des Budé verwarf; darin wird ihm wohl jetzt jeder Recht geben. Denn auch davon abgesehen, daß diese Emendation viel zu violent ist, als daß sie nach den Regeln der Critik sich rechtfertigen ließe; so ist ja dieß auch gar kein Grund einen Zeugen zu verwerfen, weil der Beklagte, wider welchen er producirt wird, ehemals in einer andern Sache wider den Zeugen selbst ein Zeugniß abgelegt hat. Es gilt ja sogar in peinlichen Fällen die Regel: Res inter alios iudicatae aliis non praeiudicant [65]; und also noch vielmehr in Civilsachen. Ueberdem ist auch hier gar nicht von einem andern, sondern von demselben Rechtsstreite die Rede, in welchem der Zeuge wider denselben Verklagten gezeugt hat. Allein ob die Erklärung des Cujaz darum richtiger sey, ist noch großem Zweifel unterworfen. Denn wo steht denn nur ein Wort davon in dem Gesetz, daß der Zeuge, welchen jetzt der Verklagte für sich aufführt, von ihm vorhin verworfen worden sey? Es läßt sich vielmehr eben daraus, weil er ihn jetzt selbst für sich aufführt, das Gegentheil schließen. Ueberdem ist ja noch die Frage, ob nicht derjenige Zeuge, welchen ich verworfen habe, dennoch für mich zeugen könne, besonders wenn mein Gegner ihm nichts vorzuwerfen vermag, was ihn verdächtig machen könnte. Dieß sind die Gründe, aus welchen Wilhelm Fornerius [66] und Nic. Hieron. Gundling [67] die Meinung des Cujaz widerlegt haben. Es steht ihr überdem auch das Ansehen der Basiliken entgegen, welches

65) *L.* 7. §. 2. *D. de accusation.*

66) Selection. Lib. II. cap. 10. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 57.)

67) Gundlingian. IX. Stück. Nr. II. §. 3. u. 5. S. 363.

doch wohl mehr gelten muß, als das Ansehen eines griechischen Rechtsgelehrten, zumal da der griechische Scholiast selbst diese Auslegung geradezu für falsch erklärt. Marcus Lyklama van Nyholt [68]) glaubt, die *L.* 23. lasse sich nicht besser erklären, als wenn man die vorhergehende *L.* 22. welche von ebendemselben Venulejus ist, mit derselben verbinde. Aus dieser Verbindung ergebe sich nun folgender Sinn, welcher seiner Meinung nach der richtigste seyn soll. Wenn Jemand bey einer Obrigkeit oder einer andern öffentlichen Person, z. B. einem Notar auf das aussergerichtliche Verlangen eines Andern für denselben einmal ein Zeugniß abgelegt hat, welches in eine öffentliche Urkunde verfaßt demjenigen ist übergeben worden, auf dessen Verlangen die Abhörung dieses Zeugen geschehen ist; so könne ein solcher Zeuge nachher gerichtlich nicht für denjenigen aufgeführt werden, gegen welchen er, entweder als Beklagten oder Angeklagten, vorher ein Zeugniß abgelegt hat. Es trete hier der Grund ein, welchen Modestin [69]) anführt, testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt. Denn *audiendi non sunt*, bedeute eben soviel, als wenn Venulejus sagt, produci non possunt. Allein es ist schwer, zwischen den Gesetzen dieses Titels, welche lauter einzelne allgemeine Sätze von Zeugen enthalten, einen Zusammenhang zu finden. Am wenigsten aber findet er gewiß zwischen der *L.* 22. und *L.* 23. Statt, welche zwar beyde von Venulejus sind, aber aus ganz verschiedenen Schriften dieses Rechtsgelehrten entlehnt. Offenbar spricht die *L.* 22. *h. t.*

68) Membranarum Vol. I. Lib. V. Eclog. 7. pag. 513. sqq. (*Jenae* 1624. 8.)

69) *L.* 2. *D. h. t.*

welche aus des Venulejus *libro II. de officio Proconsulis* genommen ist, nicht von gerichtlichen Beweiszeugen, sondern von Instruments- und Solennitäts-Zeugen, von deren Unterschiede ich schon an einem andern Orte [70]) gehandelt habe. Curent magistratus cuiusque loci, sagt Venulejus, *testari* volentibus et se ipsos et alios testes vel signatores praebere, *quo facilius negotia explicentur*, et probatio rerum salva sit. Der ganze Zusammenhang der Worte lehrt, daß der Ausdruck *testari* hier soviel bedeuten solle, als Etwas vor Zeugen erklären, oder ein Geschäft in Gegenwart von Zeugen vornehmen, die man entweder bey diesem Geschäft der Form wegen nothwendig braucht, wie z. B. bey einem Testament, oder die man um des künftigen Beweises willen zuziehen will [71]). In den Röm. Municipien, worauf sich diese Stelle hauptsächlich bezieht, wie aus der In-

70) S. §. 1174. S. 132—135. dieses Theils.

71) Die Basilica Tom. II. pag. 316. schränken zwar die L. 22. blos auf Testamente ein. Οἱ *ἄρχοντες ἑκάστου τόπου μαρτυροῦσιν ἐν διαθήκαις, καὶ παρασκευάζουσι καὶ ἄλλους μαρτυρεῖν.* i. e. Magistratus cuiusque loci testimonium perhibent *in testamentis*, et curant, ut et alii testamentum dicant. Allein die Worte der *L.* 22. *quo facilius negotia explicentur.* beweisen, daß das Wort *testari* hier eine ausgedehntere Bedeutung habe. Richtiger sagt *Franc.* Duarenus Disputation. anniversariar. Lib. I. cap. 30. Est enim *testari* non modo testamentum condere, sed de quocunque negotio tabulas, quae ad probationem valeant, conficere. Man sehe auch *Guid.* Panciroli Thesaur. variar. lection. Lib. III. cap. 22. pag. 476. und Schrader ad h. L. not. z. pag. 72.

scription zu schließen ist, daher sind hier unter den *magistratus* blos Municipal-Beamte zu verstehen; in den Municipien, sage ich, konnte sich der Fall sehr oft ereignen, daß ein Fremdling dort in die Nothwendigkeit gerieth, ein Geschäft vor Zeugen einzugehen, der an dem Orte keinen Bekannten hatte. Hier soll er sich an die Obrigkeit des Orts wenden können, und diese soll dafür sorgen, ihm die erforderlichen Zeugen sowohl aus ihrem Collegium, als auch andere zu verschaffen, vor denen er das Geschäft errichtet. Diese Zeugen unterschrieben dann und besiegelten die darüber abgefaßte Urkunde, und hießen davon *signatores* [72]. Dieß ist der Sinn dieser Stelle, den die Worte ausdrücken. Ganz unrichtig scheint aber Lyklama die *L.* 22. *h. t.* nach der Erklärung des Accursius von der Aufnahme eines Zeugnißes ad perpetuam rei memoriam verstanden zu haben. Eben so auch Desiderius Heraldus [73]. Allein wie reimt sich diese Erklärung mit den Worten: quo facilius negotia explicentur, zusammen, nicht zu gedenken, daß das Wort *testari* in dieser Bedeutung nicht leicht vorkommen wird? Richtiger sagt vielmehr Hermann Oosterdyk [74]: Legem hanc nostram de eo loqui, qui *testes rei nunc demum peragendae interfuturos* adhibere cupit, ut illi post

72) S. *Jac.* Raevardus Varior. Lib. III. cap. 1.

73) De rerum iudicatar. auctoritate. Lib. I. Cap. 6. §. 3. in fin. (Tom. II. *Thes. iur. Rom. Otton.* pag. 1103.)

74) Disput. ad fragmenta, quae ex Venuleji Saturnini libris de Officio Proconsulis supersunt. *Traj. ad Rhen.* 1755. Cap. III. §. 2. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. iuridicar. select. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. II. pag. 499.)

fidem facere possint, rem ita gestam et peractam esse; non vero de eo, qui id agit, ut illi, *qui rei olim peractae interfuerunt*, eius, quod ante gestum est, testimonium nunc perhibeant, signatis, quibus res gesta continetur, tabulis, ut voluit Desiderius Heraldus. Ausserdem steht der Erklärung des Lyklama eben das entgegen, was oben gegen die Erklärung des Cujaz erinnert worden ist.

Nic. Hier. Gundling[75]), verwirft ebenfalls alle bisherige Erklärungen. Er giebt zwar dem Budäus Recht, daß der Text corrupt sey; aber er sucht ihn auf eine weniger violente Art zu emendiren. Für in eum reum lieset er *in eam rem*, so daß seine ganze Aenderung mit zwey Buchstaben abgethan ist. *In eam rem* sey aber soviel als: in eodem negotio. Der Sinn des Fragments gehe also dahin, daß in demselben Rechtsstreite ein Zeuge, der einmal abgehört worden, nicht noch einmal producirt werden könne. Dieser Satz gelte in causa civili und criminali unläugbar. „Denn warum soll er noch einmal producirt werden, fährt Gundling fort? daß er seine Aussage wiederhole? Was deutlich geschrieben, und deutlich gesagt worden, braucht keiner Wiederholung. Oder daß er sich ändern soll, weil die Aussage dem Producenten nicht ansteht? Aber dergleichen Collusion taugt nichts: nicht auf Seiten des Zeugen, weil er sich auf solche Art selbst verwerflich machen, oder auch einer empfindlichen Strafe aussetzen würde[76]); auch nicht auf Seiten

75) *Gundlingiana* IX. Stück. Nr. II. §. 6. ff. S. 366—368.

76) *L. 2. et L. 16. D. h. t.*

des Producenten, weil der Richter ihn nicht hören darf. Ein anders ist, was der Richter für sich thun kann[77])."

Allein diese Emendation hat nicht nur die Auctorität der Basiliken gegen sich, sondern ist auch an sich höchst unnöthig, wenn ihr auch gleich Heineccius[78]) seinen Beyfall nicht versagt hat. Denn *idem reus* ist ja der nämliche Beklagte in demselben Rechtsstreite, oder im peinlichen Prozeß derselbe Angeklagte in Rücksicht des nämlichen Verbrechens, wegen dessen er angeklagt worden ist. Es liegt also schon in den Worten *in eum reum* der Satz, den Gundling erst durch seine Emendation hat herausbringen wollen, nämlich daß derselbe Zeuge nicht in derselben Sache zweymal producirt werden soll, wie auch schon Joh. Wilh. Marckart[79]) erinnert hat. Eben diesen Sinn legt auch Schrader[80]) ohne Emendation, dem Venulejus bey.

Christ. Heinrich Gmelin[81]) bezieht die *L.* 23. auf den Fall, wenn der Richter durch ausserordentliche Ursachen veranlaßt, nach der Eröfnung der Zeugen-Aussagen eine neue Beweisführung gestattet[82]). In diesem Falle

77) *Cap.* 53. *X. h. t.*

78) Elem. iuris civ. secund. ord. Pandect. P. IV. §. 140. in fin.

79) Probabilia receptarum Lectionum iuris civ. (*Traj. ad Rhen.* 1737. 8.) ad L. 23. Dig. de Testib. p. 14—19.

80) Lib. cit. ad h. Tit. L. 23. pag. 73. sq. not. g.

81) Ueber die Beweiskraft eines Zeugen ꝛc. §. 43. S. 123. ff.

82) Es ist namlich ein schon oben (S. 205.) vorgekommener, und in der *Nov.* 90. *Cap.* 4. §. 1. dem *Cap.* 18. *X. h. t.* und in der *Clem.* 2. *de Testib.* aufgestellter Rechts-

dürfte derselbe Zeuge, der schon in derselben Sache abgehört worden ist, nicht noch einmal von demjenigen producirt werden, gegen welchen er schon in derselben Sache gezeugt hat. Es scheine nämlich die Zusammenstellung der beyden Worte *eum* und *reum* dahin zu deuten, daß dieser *reus* es sey, welchem in dem ersten Theile des Fragments die Aufführung desselben Zeugen untersagt wird. Legt man der L. 23. diesen Sinn bey, so stehe die Disposition derselben nicht nur mit der *L. 17. Cod. de testib.* in vollkommener Harmonie, denn sie enthalte nun einen zureichenden Grund, warum Justinian in der *L. 17.* seine Verordnung über die Folge einer gebrauchten Zeugenaussage blos auf den Fall eines andern Rechtsstreits beschränkte, weil bey dem Verbote der Aufführung eines Zeugen von dem, gegen welchen er in demselben Rechtsstreite ausgesagt hat, der Fall nicht eintreten konnte, daß ein Zeuge gegen den aufgeführt würde, welcher seine Aussage in demselben Rechtsstreite benutzt hatte; sondern sie habe auch den sehr wichtigen Grund für sich, daß durch die Gestattung einer solchen Production von dem, gegen welchen der Zeuge ausgesagt hat, eine ganz vergebliche Handlung veranlaßt werden würde. Denn bleibt der Zeuge, der Wahrheit getreu, bey seiner vorigen Aussage, wozu dient

grundsatz, daß nach Eröffnung der Zeugenaussagen ob metum subornationis keine Zeugen mehr aufgeführt werden dürfen, weder die schon abgehörten noch andere, wofern nicht aus besondern Gründen eine Ausnahme zu gestatten ist. S. Mevius P. III. Decis. 334. u. Friedr. von Bülow und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamk. 2. B. Erört. 22.

eine neue Abhörung derselben? Weicht er aber davon ab, so würde die Folge davon ein ewiger Zank und eine unübersehlige Verwirrung und Verlängerung des Beweisverfahrens seyn. Warum jedoch hier der besondere Fall anzunehmen sey, wenn die Production des schon abgehörten Zeugen von dem geschieht, gegen welchen dieser Zeuge schon in derselben Sache ein Zeugniß abgelegt hat, ergebe sich daraus, weil durchaus kein vernünftiger Grund denkbar sey, warum der Producent, welchem eine neue Beweisführung einmal gestattet worden, nicht dieselbe Person, die er das erstemal aufführte, als Zeugen wieder produciren dürfte, um sie etwa über die zuvor vergessene oder nicht bestimmt genug ausgedrückten Puncte, oder weil das erstemal in der Form der Beeidigung oder Abhörung von dem Commissar gefehlt worden, um sie über die vorigen Artikel noch einmal auf eine gültigere Art abhören zu lassen.

Soviel auch diese letzte Erklärung für sich hat, so scheinen doch die Worte *Produci testis is non potest* zu allgemein ausgedruckt zu seyn, als daß sie blos auf den reus zu beschränken wären, gegen den der Zeuge schon ausgesagt hat. Denn erklären wir das Fragment des Venulejus in seinem ursprünglichen Sinn, in welchem dieser römische Jurist den darin enthaltenen Satz aufstellte, so ist wohl zunächst der Ankläger gemeint. Denn Venulejus handelte vom peinlichen Prozeße in dem Buche, woraus das Fragment entlehnt ist. Der Ankläger pflegte nun die Zeugen selbst zu verhören, wobey ihm der Richter blos in sofern zur Hand seyn mußte, daß er die Aussagen der Zeugen niederschrieb, und, im Falle ein Zeuge etwa die Ablegung eines Zeugnisses verweigerte, Zwangsmittel

gebrauchen konnte[83]). Ein solcher Zwang hatte vor Justinian nur im Criminalprozeß Statt[84]). Die Abhörung der Zeugen pflegte aber gewöhnlich der Anklage vorauszugehen, wie auch unter andern Gesetzen die Lex Pompeja de vi verordnete[85]). Es gehörte dieses zur Begründung

83) Cicero in *Verrem*. Lib. V. cap. 59, Orat. *pro Roscio Amerino*. Cap. 38. besonders Orat. *pro Flacco* Cap. 10. An quisquam esse testis potest, *quem accusator sine cura interroget*: nec metuat, ne sibi aliquid, quod ipse nolit, respondeat. Plinius Epistolar. Lib. VI. Ep. 5. wo es heißt: accusatoribus inquirendi testibusque denunciandi potestatem ex Lege (Julia) repetundarum esse. S. *Franc.* Polleti Histor. for. Rom. Lib. IV. cap. 13. pag. 382. *Car.* Sigonius de iudiciis. Lib. II. cap. 15. T. II. de antiquo iure Populi Rom. p. 574. und *Ant.* Matthaei de criminib. Lib. XLVIII. Tit. 15. Cap. 4. nr. 9.

84) Quinctilianus Institut. orator. Lib. V. cap. 7. Quoniam duo genera sunt testium, aut *voluntariorum*, aut eorum, quibus iudex *in publicis iudiciis* lege denuntiari solet: quorum altero utraque pars utitur, alterum *accusatoribus* tantum concessum est. Plinius Epistol. Lib. III. Ep. 9. Ex testibus quidam, sive iratus, quod evocatus esset invitus, sive subornatus ab aliquo reorum, ut accusationem exarmaret, Norbanum Licinianum, legatum et inquisitorem, reum postulavit. S. *Car.* Bretus ordin. perantiquo iudicior. civil. Cap. 35. in fin.

85) Asconius in Milonianam gedenkt dieses Gesetzes: Apud Domitium quaesitorem *de vi* Appius accusator postulavit a Milone, servos exhiberi numero quatuor et quinquaginta: citati deinde testes secundum *Legem*, quae iubebat, *ut prius, quam causa ageretur, testes per triduum audirentur*, dicta eorum iudices con-

der Anklage, mit welcher die *subscriptio in crimen* verbunden war [86]). Hatten nun die Zeugen gegen den Verbrecher ausgesagt, so konnte der Ankläger nachher, wegen des nämlichen Verbrechens, nicht noch einmal die Anstellung eines Verhörs mit ihnen verlangen, weil man eine Prävarication besorgte [87]). Eben so wurden auch im Civilproceß, denn auf diesen muß, wie oben erwiesen worden, das Fragment des Venulejus jetzt ebenfalls angewendet werden, die Zeugen von den Parteyen vernommen, und zwar von dem Producenten, wie von den Producten [88]). War diese nun einmal geschehen, so fand keine Wiederholung Statt, einmal um alle Subornation zu vermeiden, und zum Andern, weil es eine vergebliche Handlung gewesen seyn würde. Denn entweder der Zeuge hatte ein wahres, oder ein falsches Zeugniß abgelegt. Im ersten Fall war

signarent, quarta die adesse omnes in posterum iuberentur. S. Sigonius c. l. pag. 575. sq. und Stockmann ad *Bachii* histor. iurispr. Rom. pag. 190. not. *. (*Lips.* 1806.)

86) *L.* 7. *pr.* verbunden mit *L.* 3. *pr. D. de accusat.*

87) *L.* 1. *D. de praevaricat. L.* 3. *D. eodem.* Plinius *Lib. III. Epist.* 9. *Jac.* Lectius ad Aemil. Macrum de publicis iudiciis, ad L. 3. de praevaricat. (*Thes. iur. Rom. Otton.* T. I. pag. 76.)

88) Asconius: Tenere debemus, interrogationes testium et accusatoris et defensoris fuisse, et eius, qui producit, et eius, contra quem producuntur. S. Sigonius c. l. Plinius cit. Epist. Concipere animo potes, quam simus fatigati, quibus toties agendum, toties altercandum: *tam multi testes interrogandi*, sublevandi, refutandi. Man sehe auch Polleti histor. fori Rom. pag. 382. in fin.

eine nochmalige Vernehmung unnöthig. Gab eine Parthey auch nachher noch einzelne Umstände der bestrittenen Thatsache an, über die der Zeuge noch hätte vernommen werden sollen, so hatte es ja die Parthey ihrer eignen Nachlässigkeit zuzuschreiben, daß sie den Zeugen nicht zur genauern Angabe aller einzelnen Umstände veranlaßte, da sie den Zeugen entweder selbst verhörte, oder wenigstens dem Zeugenverhör beywohnte, oder beywohnen konnte. Merkwürdig ist hier eine Stelle aus Quinctilian [89]: Qui *voluntarium* producit (testem), scire, quid is dicturus est, potest: ideoque faciliorem videtur *in rogando* habere rationem. Sed haec quoque pars acumen et vigilantiam poscit: providendumque, ne *timidus*, ne *inconstans*, ne *imprudens testis* sit. Turbantur enim, et a patronis diversae partis induuntur in laqueum: et plus deprehensi nocent, quam firmi et interriti profuissent. Multum igitur domi ante versandi; ac variis percontationibus, quales haberi *ab adversario* possunt, explorandi sunt. Sic fit, ut aut constent sibi, aut si quid titubaverint, *opportuna rursus eius, a quo producti sunt, interrogatione velut in gradum reponantur.* In his quoque adhuc, qui constiterint sibi, vitandae sunt insidiae: *nam frequenter subiici ab adversario solent, et, omnia profutura polliciti, diversa respondent, et auctoritatem habent non arguentium illa, sed confitentium.*

In dem letztern Falle beweißt das Zeugniß ohnehin nichts. Ubi enim semel quis peieraverit, sagt Ci-

89) *Institution. Oratoriar.* Lib. V. Cap. 7. T. I. p. 379. sqq. edit. *Burmann.*

cero[90]), ei credi postea, etiamsi per plures deos iuret, non oportet; praesertim cum in his iudiciis ne locus quidem novo testi soleat esse; und Paulus[91]) sagt: Qui falso vel varie[92]) testimonia dixerunt, vel utrique parti[93]) prodiderunt[94]), a iudicibus competenter[95]) puniuntur.

90) *Orat. pro C. Rabirio Postumo.* Cap. 13.

91) *L.* 16. *D. h. t.* Man vergleiche hiermit Hugo ius civ. antejust. Tom. I. pag. 170.

92) Haloander und Miräus lesen *falsa* vel *varia*.

93) Chevallon u. Baudoza lesen vel utrique parti *causam prodiderint*. Diese Leseart ist aber offenbar unrichtig.

94) In den Basilicis Tom. II. pag. 515. heißt es: Οἱ πλαστῶς ἢ ἐναντίως, ἑαυταῖς ὑπέρ τῶν δύο μερῶν μαρτυρήσαντες: i. e. Qui falsa vel sibi contraria testimonia *pro utraque parte* dixerint. Der Ausdruck *utrique parti prodere testimonia* wird also hier von solchen Zeugen gebraucht, welche sich von jedem der streitenden Theile bestechen lassen, um günstig für ihn auszusagen. Accursius erklärt das *prodiderunt*, so: utrique parti revelaverant testimonia sua. Eben so Schulting ad Paulum in Iurispr. Antejust. pag. 489. not. 15. Der griechische Scholiast Tom. II. *Basilicor.* pag. 556. bestätiget aber die erste Erklärung, wenn er sagt: *καὶ ἑκατέρῳ μέρει συμβαλέσθαι σπουδάσαντα.* i. e. *quique utrique parti prodesse studet.* Hiermit stimmt auch Garides überein: ἢ ὑπέρ τῶν δύο μερῶν ἐξεπίτηδες μαρτυρόντων, i. e. *vel consulto pro duabus partibus testimonium dicant.* Nicht verschieden davon scheint die Erklärung des alten westgothischen Auslegers zu seyn: *vel ab utraque parte testimonium dederint.* Man sehe Schrader ad h. L. not. v. p. 59.

95) Tribonian hat hier die Worte des Paulus abgeändert. Denn in den *Sentent. Receptis Lib. V. Tit.* 15.

Noch einige Zusätze.

Oben §. 177. S. 157. f. war von testes domestici die Rede. Von diesen handelt auch ein dort nicht mit angeführtes Fragment, welches gleichwohl einiger Erläuterung bedarf. Es ist die *L.* 24. *D. h. t.* welche aus des Paulus *libro V. Sententiarum* genommen ist, und folgendergestalt lautet:

Testes eos, quos accusator *de domo* produxerit, interrogari non placuit.

Es fragt sich hier, wer die testes de domo accusatoris producti sind, welche nicht sollen verhört werden; deren Zeugniß also zu verwerfen ist? Nach der Erklärung Ulpians *L.* 195. §. 2. *D. de Verb. Signif.* wird das Wort *domus* für die Familie eines Paterfamilias genom-

§. 5. lautet die ganze Stelle so: Qui falso vel varie testimonia dixerunt, vel utrique parti prodiderunt, *aut in exilium aguntur, aut in insulam relegantur, aut curia submoventur.* Die *Basilica* T. II. pag. 515. erklären das Wort *competenter*, welches Tribonian substituirt hat, durch *ὑπὸ τῶν προσφόρων ἀρχόντων* i. e. a competentibus iudicibus. Allein in den Scholien pag. 556. lit. r. wird das Wort *προσφόρως*, competenter, gebraucht, und durch *λελογισμένως*, uti ratio suadet, erklärt, die Strafe soll also dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen seyn. Diese Erklärung verdient wohl unstreitig schon aus dem Grunde den Vorzug, weil es bey Bestrafung dieses Verbrechens auf die Competenz des Richters nach *L.* 14. *Cod. h. t.* nicht ankommt, wie auch schon *Ant.* Schulting ad Paulum not. 16. *Iurispr. Antejust.* pag. 489. bemerkt hat. S. auch Schrader ad h. L. not. w. pag. 59.

men und darunter sind nur diejenigen Personen begriffen, welche unter seiner Gewalt stehen, als die Kinder und Enkel mit der Materfamilias. Daß auch das Haupt der Familie, der Paterfamilias selbst, dazu gehöre, bemerkt Cajus *L.* 196. *eodem.* Allein das Wort domesticus hat noch eine ausgedehntere Bedeutung, in welcher nicht nur alle, die zur Familie und Verwandtschaft des Producenten gehören, sondern auch Freygelassene, sogar mercenarii, welche um einen bedungenen Lohn ihm Dienste leisten, darunter begriffen werden. In dieser Bedeutung spricht Marcian von furtis domesticis *L.* 11. § 1. *D. de poenis.* Es fragt sich nun, welche von diesen Bedeutungen hier zum Grunde zu legen sey? Mehrere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten [96]) glauben das Letztere, und Leyser sucht diese Meinung noch durch einige andere Gesetze zu begründen. Er beruft sich nämlich auf die *L.* 26. §. 2. *D. de aedilit. Edicto* und *L.* 3. *Cod. h. t.* Allein die erste Bedeutung verdient bey der Erklärung dieses Fragments wohl unstreitig den Vorzug. Denn das für die zweyte Bedeutung angeführte Gesetz redet eigentlich nur vom Hausdiebstahl und nicht von Hauszeugen, dahingegen hat die Erklärung, welche die erste Bedeutung zum Grunde legt, die wichtigsten Gründe für sich. 1) Die Auctorität Ulpians, welcher nicht nur in seinen *Fragm. Tit.* XX.

96) Cujacius Recitat. ad cap. 24. X. de testib. in Operib. a *Fabroto* edit. Tom. III. pag. 96. *Franc.* Duarenus Disputation. anniversariar. Lib. I. cap. 28. Farinacius de Testibus Lib. II. Tit. 6. Qu. 54. nr. 139. Menochius de arbitrar. iudicum Quaestion. Lib. II. Cas. 104. nr. 2. Mascardus de probat. Concl. CCCCVIII. nr. 8. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXIII. med. 11.

§. 8. sagt: *Qui in potestate testatoris est, aut familiae emtoris, testes, aut libripens adhiberi non potest: quoniam familiae mancipatio inter testatorem et familiae emtorem fit: et ob id domestici testes adhibendi non sunt;* sondern auch in einem Fragmente unsers Titels, nämlich L. 17. welche aus desselben *libro singulari Regularum* genommen ist, noch insonderheit erklärt, was das heißt *testes ex una domo.* Er sagt nämlich: Pater et filius, *qui in potestate eius est,* item duo fratres, *qui in eiusdem patris potestate sunt,* testes utrique in eodem testamento, vel eodem negotio fieri possunt, quoniam nihil nocet, *ex una* DOMO plures testes alieno negotio adhiberi [97]. 2) Die Auctorität des Theophilus, welcher in seiner griechischen Paraphrase des §. 8. *I. de testam. ord.* die letztern Worte Ulpians so erklärt hat: Οὐδέν γαρ ἐστι το ἐμποδίζον, ἐξ ἑνός οἴκου ἤτοι μιᾶς φαμιλίας πολλους ἐν αλλοτρίᾳ μαρτυρεῖν διαθήκῃ: nihil enim est, quod prohibeat, *ex una domo sive una familia* plures in alieno testamento esse testes; ja Justinian nennt in dem §. 9. *I. eodem,* das Zeugniß derjenigen, welche in dem Verhältniß der väterlichen Gewalt zu einander stehen, ausdrücklich ein *domesticum testimonium.* 3) Die Auctorität des griechischen Scholiasten [98], welcher die Worte testes *de domo* durch τούς ὑπεξουσίους i: e eos, qui sunt *in potestate* accusatoris erklärt. Alles dieses überzeugt uns, daß der Begriff eines Hauszeugen im Sinne des röm. Rechts von der Verbindung

97) Dieselbe Stelle kommt auch §. 8. *I. de testamentis ordin.* vor.

98) *Basil.* Tom. II. pag. 560. Schol. i.

mit dem Producenten durch die Familiengewalt unzertrennlich sey. Theophilus sagt dieses auch in der Paraphrase des §. 9. *I. de testam. ord.* ganz bestimmt, wenn es daselbst heißt: Τὴν δὲ οἰκιακὴν μαρτυρίαν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι λαμβάνομεν. i. e. *Domesticum* autem *testimonium* non ex cognatione, sed ex coadunatione *per potestatem patriam* deprehendimus. Zwar ist hier nur von Testamentszeugen die Rede, und es wäre also noch die Frage, ob dieses auch auf gerichtliche Beweiszeugen anzuwenden sey? Cujaz[99]) und Janus a Costa[100]) wollen dieses läugnen. Allein verbinden wir die *L.* 2. und 3. *Cod h. t.* mit einander, so muß der nämliche Begriff auch von gerichtlichen Beweiszeugen gelten. Denn die *L.* 5. spricht vom Beweise der Ingenuität, und die L. 3. so wie die Worte derselben gefaßt sind, *Etiam* iure civili domestici testimonii fides improbatur, ist, wie auch Jacob Constantinäus[1]) bemerkt hat, als ein Anhang des vorhergehenden Gesetzes zu betrachten, und in Beziehung auf dasselbe zu verstehen. Es würde aber auch ohne diese Beziehung kein Grund vorhanden seyn, warum die Gesetze das testimonium domesticum bey Testamenten in einem andern Sinne genommen haben sollten, als bey gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten. Wenn es endlich in der von Leyser angeführ-

99) Comm. ad Cap. 24. X. h. t. in Operib. a *Fabroto* edit. Tom. III. pag. 96.

100) Praelection. ad illustrior. quosdam titulos locaque selecta iuris civ. ad L. 3. Cod. h. t. pag. 256.

1) Subtil. Enodation. Lib. II. Cap. 14. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 579.)

ten *L.* 25. §. 2. *D. de aedilit. Edicto* heißt: *Familiae appellatione omnes, qui in servitio sunt, continentur: etiam liberi homines, qui ei bona fide serviunt, vel alieni; accipe eos quoque, qui in potestate ejus sunt*; so will Ulpian hier blos zeigen, was die Aedilen in ihrem Edict unter dem Worte familia verstanden hätten, keineswegs aber ist daraus zu entnehmen, was dieses Wort alsdann bedeute, wenn von einem testis domesticus die Rede ist. Daß das Wort alieni auch nicht auf freye Menschen, sondern auf Sklaven gehe, zeigt der Zusammenhang z). Dahingegen beweißt eine andere Stelle aus Ulpians *libro VIII. de officio Proconsulis*, daß Hauszeugen im Sinne des Röm. Rechts auch Sklaven seyn konnten, welche sich in der Gewalt des Anklägers befanden. Es ist die *L.* 1. §. 3. *D. de Quaestionibus*, welche so lautet: Ad quaestionem non esse provocandos eos, *quos accusator de domo sua produxit*, — rescripto Divorum fratrum declaratur. Da hier, wie der ganze Zusammenhang der L. 1. lehrt, von der Tortur der Sklaven, als Beweiszeugen in peinlichen Fällen, die Rede ist, so können hier wohl diejenigen, welche der Ankläger *de domo sua* producirt hat, keine anderen seyn, als die eignen Sklaven desselben, und diese konnten aus dem Grunde mit Recht zu den testes domestici gerechnet werden, weil nach Ulpians Erklärung *L.* 195. §. 3. *D. de Verb. Signif.* die Bedeutung des Worts *familia* auch alle dem Paterfamilias unterworfene Sklaven mit unter sich begriff. Vergleicht man also diese Stelle, nämlich die *L.* 1. §. 3. *D. de Quaestion.* mit un-

z) Man sehe *Jac.* RAEVARDUS Varior. Lib. II. cap. 8. und SCHRADER ad h. Tit. pag. 74. not. k.

ferer D. 24. tit. 3. so konnten die testes, quos accusator *de domo* produxerit, und welche in beyden Stellen für unzuläßig erklärt werden, so wohl freye als unfreye Personen seyn; sofern sie der Gewalt des Familienhaupts, der sie als Zeugen zum Beweise seiner Anklage aufführte, unterworfen waren. Wenn übrigens Ulpian sagt, daß die Zeugen, welche der Ankläger de domo sua producirt hat, nicht sollen auf die Folter gebracht werden, (ad quaestionem non esse provocandos) so bezieht sich dieß darauf, daß das Zeugniß der Sklaven anders nicht als gültig anerkannt wurde, als wenn es durch die Tortur war bestätiget worden[3].

Es entsteht bey dieser Gelegenheit die Frage, ob das Röm. Recht auch bey dem Zeugniß freier Personen die Tortur kennt. Oben §. 1178. gedachte ich der Tortur als eines Zwangsmittels bey Zeugen. Ueber das Gefahrvolle und Bedenkliche bey dem Gebrauche dieses Mittels äußert sich Ulpian *libro VIII. de officio Proconsulis*[4] auf folgende Art: Quaestioni fidem non semper, nec tamen nunquam habendam, Constitutionibus declaratur. Etenim res est fragilis et periculosa, et quae veritatem fallat. Nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit. Alii tanta sunt impatientia, ut quovis[5]) mentiri,

3) S. *Car.* Sigonius de iudiciis Lib. II. Cap. 14. und den 21. Th. dieses Commentars. § 873.

4) *L.* 1. §. 23. *D. de Quaestionib.*

5) So liefet *Taurellius.* Haloander hingegen hat *quodvis.* Eben so Miräus. Chevallon und Baudoza

quam pati tormenta velint. Ita fit, ut etiam vario modo fateantur; ut non tantum se, verum etiam alios comminentur [6]. Fast eben so urtheilt auch schon vor ihm Cicero [7] von der Tortur, wenn er sagt: Saepe etiam quaestionibus resistendum est; quod et dolorem fugientes multi in tormentis mentiti saepe sunt, morique maluerunt falsum fatendo, quam infitiando dolere. Daher wurden auch freie Personen um eines Zeugnißes willen nicht leicht zur Folter verurtheilt [8]. Es sagt vielmehr Callistratus *libro V. de Cognitionibus* [9]. Ex libero homine pro testimonio non vacillante quaestionem haberi non oportet. Deswegen verschonte man sogar einen Statuliber, weil er die Freyheit zu hoffen hatte, wenn eine gewiße Bedingung existirte. Aber doch nur in pe

in quovis. Die richtigste Leseart ist wohl diejenige, welche Gebauer aus einem Bynkershökischen Manuscript hergestellt hat: ut *potius* mentiri. Diese Leseart muß auch der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. VII. pag. 812. vor Augen gehabt haben, wenn er die Worte so übersetzt: ὥστε μᾶλλον βούλονται ψεύδεσθαι. S. *Jo. Bern.* Koehler Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap.

6) Statt *comminentur* lesen Haloander, Miräus, Chevallon, Merlin und Baudoza richtiger *criminentur*. Diese Leseart bestätigt auch der griechische Scholiast in den *Basilicis* T. VII. pag. 812. S. *Jo. Ortw.* Westenberg Div. Marcus. Diss. XVIII. §. 6.

7) *Orator. partition.* Cap. 14.

8) *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XLIX. §. 162.

9) *L.* 15. *pr. D. de Quaestion.*

cuniariis causis [10]). Denn in publicis iudiciis hatten sie vor andern Sklaven nichts voraus [11]). Es gab auch Fälle, wo man die Tortur beym Zeugniß freier Personen zuließ. Einen solchen Fall führt Arcadius Charisius libro sing. de testibus an. Es ist die *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* wo es heißt: Si ea conditio rei sit, ubi arenarium testem, vel similem personam admittere cogimur; sine tormentis testimonio eius credendum non est. *Arenarius* ist hier derjenige, qui ad bestias, ut depugnaret, se locavit, wie ihn die *Lex Iulia de vi* beschreibt, in welcher er unter den unzuläßigen Zeugen aufgeführt wird [12]). Solche Arenarien, welche auch Bestiarien genennt wurden, *κυνηγοὺς γὰρ τοὺς Ͽηριομάχους νόησον*, sagt der griechische Scholiast [13]), waren bey den Römern mit einer unmittelbaren Infamie behaftet [14]), und daher unzuläßige Zeugen. *Similis persona* heißt hier eine eben so infamirte und zum Zeugniß untüchtige Person. Diese Personen wurden aber doch im Nothfall, wenn nämlich die Wahrheit anders nicht, als durch sie, herauszubringen war, als Zeugen zugelassen. Dieß ist hier der Sinn der Worte: *Si ea rei conditio sit*, ubi arenarium *testem*, vel similem personam *admittere cogimur*. Damit stimmt auch der griechische Scholiast in den Basiliken [15]) über-

10) *L.* 9. §. 3. *D. de Quaestion.*

11) *L.* 8. §. 1. *D. eodem.* *L.* 19. *pr. D. de statulib.*

12) *L.* 3. §. 5. *D. h. t.*

13) *Basilic.* Tom. II. pag. 559. Schol. c.

14) *L.* 1. §. 6. *D. de postulando.* S. den 5. Theil dieses Commentars. §. 379.

15) Cit, loco.

ein, wenn er sagt: Ἐὰν δεήσει κυνηγὸν μαρτυρῆσαι ἤ τινα τῶν τούτοις προσεοικότων κουεστουαρίαν τυχὸν; — τότε δὲ ἡνίκα ου δυνατὸν εὑρεθῆναί τινα. i. e. Si necessitas exigat, ut arenarius testimonium dicat, aut similis persona, puta quaestuaria, — tunc autem adhibetur, cum alium invenire possibile non est. In diesem Falle aber mußte der Mangel der Glaubwürdigkeit eines solchen Zeugen durch die Tortur ersetzt werden. Es ist nicht nöthig, diese Vorschrift blos auf das Majestäts-Verbrechen zu beschränken, wie mehrere [16]), mit Accursius wollen. Denn die Tortur sollte überhaupt bey Zeugen in Criminalfällen nur dann angewendet werden, wenn es schlechterdings an andern Beweisen fehlte [17]). Man nimmt jedoch noch einen Fall aus, wo das Römische Recht beym Zeugniß freier Personen die Tortur zuläßt, nämlich wenn der Zeuge bey dem Factum erwiesener oder geständigermassen gegenwärtig war, und dennoch in seiner Aussage schwankt und unbeständig ist [18]). Ausdrücklich sagt nun zwar dieß kein Gesetz, allein man schließt

16) Farinacius de Testibus. Lib. III. Qu. LXXIX. nr. 5. Allein die *L.* 10. §. 1. *D. de Quaestion.* läßt selbst bey dem Verbrechen der Majestät die Tortur der Zeugen nur dann zu, cum res exigit.

17) *L.* 8. *pr. D. de Quaestion. L.* 12. *Cod. eodem.*

18) Farinacius l. c. nr. 6. Carpzov Prax. rer. crim. Qu. CXIX. nr. 47. sq. *Jo.* Zanger Tr. de Quaestion. Cap. I. nr. 11. *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XLIX. §. 162. *Ant.* Schulting ad Pauli Sentent. recept. lib. V. Tit. 14. §. ult. Not. 16. in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 487. *Ern. Imm.* Tenzeli Diss. de tortura testium. *Erford.* 1724. Cap. III. §. 12.

dieses per argumentum a contrario aus der oben angeführten *L. 15. pr. D. de Quaest.* vermöge welcher ein freier Mensch pro testimonio non vacillante der Tortur nicht unterworfen werden soll, und verbindet damit die *L. 18. §. 3. D. eodem*, wo Paulus sagt: Testes torquendi non sunt, convincendi mendacii aut veritatis gratia, *nisi cum facto intervenisse dicuntur.* Man behauptet ferner, daß nach diesem letztern Gesetz auch Zeugen, welche der Lüge überführt sind, auf die Folter hätten gebracht werden können [19]. Daß jedoch diese Strenge des Röm. Rechts heut zu Tage nicht mehr befolgt werde, hat schon Böhmer [20] bemerkt.

Daß in Civilfällen Verweigerung des Zeugnißes ein Recht des Producenten auf Entschädigung begründe, ist billig [21], und mehreren deutschen Gerichtsordnungen gemäß [22].

Die S. 161. f. entschiedene Frage, ob ein Advocat in der Sache seines Clienten für oder wider denselben ein Zeugniß ablegen könne, hat Desiderius Heraldus [23] sehr ausführlich erörtert.

19) Schulting c. l.

20) Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 21. §. 4. Man sehe auch Schrader ad L. 21. §. 2. D. h. t. not. b. pag. 68.

21) S. Schneider vom rechtlichen Beweise. Anmerk. 89. S. 562.

22) Allgem. Preuß. Gerichtsordn. 1. Th. Tit. 10. §. 185—186.

23) De rerum iudicatarum auctoritate Lib. II. Cap. 4. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 1167.

Es ist oben §. 1179. ausgeführt worden, daß in gewissen Fällen auch noch nach Ablauf des Beweistermins die Production neuer Zeugen zuläßig sey. Ob es aber in diesem Falle dem Beweisführer erlaubt sey, auch neue Beweisartikel zu übergeben, ist streitig. Viele wollen dieses bezweifeln [24]. Allein nach der richtigeren Meinung, welche auch die Praxis befolgt, werden neue oder Additional-Artikel für zuläßig gehalten. Dieß bringt auch schon die Natur der Sache mit sich. Denn es können ja die neuen Zeugen eine andere und viel genauere Wissenschaft von einigen Thatumständen haben, als die vorher benannten; sie müssen also auch über Artikel vernommen werden, die ihrer Wissenschaft gemäß nach den besondern Umständen des zu beweisenden Factums, wovon nur allein sie unterrichtet seyn können, einzurichten sind. Wollte man dem Beweisführer dieses Einbringen neuer Artikel versagen, so würde man ihm die Mittel zum Zweck verbieten, welches um so ungerechter seyn würde, als in einem solchen Falle, da dem Beweisführer noch nach dem Ablaufe der Beweisfrist die Production neuer Zeugen gestattet wird, die Sache in den Zustand kommt, in welchem sie sich zur Zeit des unternommenen Beweises befand. Es muß also auch billig dem Ermessen desselben überlassen werden, ob er die vorigen Beweisartikel beybehalten, oder neue übergeben will [25].

24) Man sehe zum Beyspiel Carpzov P. I. Const. 16. Def. 4. et 5.

25) *Jo. Flor.* Rivinus Progr. An substitutis in locum testis demortui aliis testibus, liceat etiam additionales vel novos articulos offerre? inter *Eiusdem* Program-

Die S. 193. angeführte Stelle des kanonischen Rechts, *can.* 38. *Caus. II. Qu.* 6. ist von Desid. Heraldus[26]) aus dem Codex canon. eccles. Rom. ausführlich erklärt worden.

Zu S. 203. ist noch zu bemerken, daß mehrere neuere Rechtsgelehrten der Meinung sind, es sey, um den vielen Fehlern, welche bey den Zeugenverhören vorgehen, abzuhelfen, kein wirksameres Mittel, als die Einführung des römischen Gerichtsgebrauchs, die Zeugen in Gegenwart der Partheien zu vernehmen[27]). Die Gegenwart der Partheien könnte nicht nur den Nutzen haben, daß der Richter bey einer Handlung, die gewiß die wichtigste in dem ganzen Prozesse ist, in desto größerer Aufmerksamkeit auf Beobachtung der Legalität erhalten werde, sondern es könnte auch auf diese Art alle Partheylichkeit, Verfälschung der Aussagen und Irrungen der Zeugen vermieden werden. Der Richter könnte auch in Ansehung der, von Amtswegen zu thuenden Fragen, öfters von den Partheyen auf den richtigen Gesichtspunct geleitet werden, da diese über die Thatumstände besser, als er, unterrichtet sind. Daß die Gegenwart der Partheyen die Zeugen bey ihrer Vernehmung geniren, und die Freymüthigkeit

mata ex vario iure iunctim edita. *Lipsiae* 1735. und *Jo. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 31.

26) De rer. iudicatar. auctoritate. Lib. II. cap. 4. §. 7. in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. pag. 1173.)

27) S. HEBENSTREIT Progr. de interrogatione testium in secreto. *Lipsiae* 1780. SCHNEIDER Lehre vom rechtlichen Beweise. *Anmerk.* 88. S. 561. und Neundorf vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. (Ulm 1805.) Nr. I.

ihrer Aussagen hindern werde, ist nicht leicht zu befürchten, da die Zeugen kein Interesse bey der Sache haben dürfen; und um Subornationen zu verhüten, ist ja hauptsächlich auch der Zeugeneid eingeführt worden.

Endlich ist noch zu S. 215. 3. 2. beyzufügen, daß in der *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* statt sinceram testimoniorum fidem richtiger sinceram *testium* fidem zu lesen sey. Nicht nur die Griechen bestärken diese Leseart; denn sowohl die *Basilica* Tom. II. pag. 516. als Harmenopulus in Promptuar. iur. Lib. I. Tit. 6. §. 27 haben *τῶν μαρτυρων*; sondern eben so lieset auch *Jo.* Saresberiensis in Policratico Lib. V. cap. 14. pag. 307. (*Lugd, Batav.* 1639.) [28]).

28) S. *Giesb.* Korn Diss. crit. iurid. ad loca quaedam iuris et alia depravata, Cap. I. in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iuridicar. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. pag. 4. sq.

Lib. XXII. Tit. VI.

De iuris et facti ignorantia.

§. 1186.

Begriff vom Rechtsirrthum, und factischen Irrthum. Erläuterung der L. 1. D. h. t.

Von den rechtlichen Folgen des Irrthums ist schon an mehreren Orten dieses Commentars gehandelt worden, nämlich bey den Verträgen, Th. IV. §. 297—299. bey der condictio indebiti, Th. XIII. §. 834. S. 127. ff. beym Kaufcontract, Th. XVI. §. 973. und in dem Tit. de probationibus. Th. XXI. S. 372. ff. In diesem Titel ist nun noch die Frage im allgemeinen zu entscheiden übrig, inwiefern der Irrthum dem Irrenden schädlich oder unschädlich sey, und in welchen Fällen das Wissen oder Nichtwissen das Recht- oder Falschwissen des Handelnden überall nicht in Betrachtung komme. Nur hierauf gehen die Titel in den Pandecten und Codex de iuris et facti ignorantia. Von dem Irrthum, wodurch man einem Dritten schadet, kommt in keinem von beyden Titeln etwas vor. Er muß also nach den allgemeinen Grundsätzen, welche vom Schadensersatz gelten, beurtheilt werden, wobey es denn immer auf die Frage ankommt, ob

ich den Schaden verschuldet habe oder nicht. Nur in dem ersten Falle bin ich verantwortlich, in dem letztern hingegen trägt der Dritte den Schaden, welcher ihn, ohne mein Verschulden, wenn gleich durch mich verursacht, getroffen hat, wofern nicht die Gesetze in einzelnen Fällen aus besondern Gründen mich auch für einen solchen Schaden verantwortlich machen, den ich ohne meine Schuld einem Andern verursacht habe [29]. Da die Lehre dieses Titels seit kurzem sehr gründlich bearbeitet worden ist [30], so werde ich mich hauptsächlich nur mit der Erläuterung der Gesetze dieses Titels beschäftigen, jedoch zugleich mit auf die Gesetze des Codex Rücksicht nehmen.

29) S. Borst über die Erstattung der Proceßkosten als Schadensersatz. §. 44. und §. 45.

30) Unter den ältern Rechtsgelehrten sind vorzüglich *Jac.* Cujacius in Comment. ad hunc Tit. Dig. Operum a *Fabrotto* editor. Tom. IV. P. I. pag. 929 — 939. und *Hugo* Donellus in Commentar. de iure civili Lib. I. cap. 18 — 25. zu nennen. Unter den neuern Gottl. Hufeland über die Wirkungen der Unkunde des Rechts in Ansehung bestimmter Menschen-Classen in desselben Abhandlungen aus dem Civilrechte 1. B. Nr. V. S. 231 — 241. Mühlenbruch über iuris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse; in dem Archiv für die civilist. Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweitzer 2. B. Nr. XXXV. S. 361 — 451. Hermann von den Wirkungen des Irrthums. Wetzlar 1811. im Auszuge in von Grolmann und von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 4 B. 1. Heft. (Gießen 1820) Nr. IV. S. 36 — 56. *Ge. Mich.* Roth Diss. Nonnullae Observationes ad Titulum Digestorum de iuris et facti ignorantia. *Giessae* 1804. und Webers Erläuterungen der Pandecten 2. B. §. 1186 — 1188.

Nicht immer, wo Irrthum, Wissen oder Nichtwissen berücksichtiget wird, stehen Rechtsirrthum und factischer Irrthum unter ganz gleichen Grundsätzen. Daher hielt es Paulus der Mühe werth, diesen Unterschied in dem ersten Fragment dieses Titels zu erklären.

L. 1. Paulus *libro XLIV. ad Edictum.*

Ignorantia vel facti, vel iuris est. §. 1. Nam si quis nesciat decessisse eum, cuius bonorum possessio [31]) defertur, non cedit ei tempus. Sed si sciat quidem defunctum esse cognatum, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri, aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem quod scriptis heredibus bonorum possessionem Praetor promittit [32]): cedit ei tempus, quia in iure errat. Idem est, si frater consanguineus defuncti credat matrem potiorem esse. §. 2. Si quis nesciat se cognatum esse, interdum in iure, interdum in facto errat: nam, si et [33]) liberum se esse, et ex quibus natus sit sciat, iura autem cognationis habere se nesciat, in iure errat. At si quis forte expositus, quorum parentium [34]) esset, ignoret, fortasse et serviat alicui, putans se servum esse, in facto magis quam in iure errat. §. 3. Item si quis sciat quidem alii delatam esse bonorum possessionem, nesciat autem

31) Cod. Erlang. *ei* defertur. *Chevall.* cuius bonorum *ei* possessio defertur. Eben so *Baudoza.*

32) *Chevallon.* promittat. Eben so *Baudoza.*

33) Cod. Erl. nam et si.

34) *Chev.* parentum. *Baud.* quorum parentum sit.

ei tempus praeterisse [35]) bonorum possessionis, in facto errat. Idem est, si putet eum bonorum possessionem accepisse. Sed si sciat, eum non petisse [36]), tempusque ei praeterisse, ignoret autem sibi ex successorio capite competere bonorum possessionem, cedet ei tempus, quia in iure errat. §. 4. Idem dicemus, si ex asse heres institutus, non putet se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas: quod si nesciat esse tabulas, in facto errat.

Paulus handelte im 44. Buche seines Commentars über das Edict, von dem edicto successorio, wie auch aus *L. 3. D. Quis ordo in bonor. poss. servet.* erhellet, welche aus eben diesem Buche genommen ist. Paulus gedenkt auch am Ende dieses Fragments dieses Edicts ausdrücklich, indem er es *successorium caput* nennt. In diesem Edict hat der Prätor nicht nur eine gewisse Zeitfrist bestimmt, in welcher die bonorum possessio agnoscirt werden muß, nämlich für jeden Verwandten in der geraden Linie jedesmal ein Jahr, für jeden von allen übrigen jedesmal hundert Tage, utiliter gerechnet; sondern auch dabey verordnet, daß, wenn derjenige, welchem die B. P. zunächst deferirt war, seine Zeit hat verstreichen lassen, und Keiner da ist, der zugleich mit ihm berufen war, und sich meldet, nun der Nächste nach ihm, in der vom Prätor bestimmten Ordnung der verschiedenen Classen oder Grade, wenn er sich meldet, zugelassen werden soll [37]).

35) Praeteriisse. *Chev. Baud.*

36) Petiisse. Haloand.

37) *L. 1. pr. D. de success. Edicto* §. 3. §. 8. §. 9. *et* 10. *I. de bonor. possess.* S. Koch's Bonorum possessio.

Plures enim gradus Praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, sagt Justinian [37], dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. War nämlich die B. P. contra tabulas versäumt, so kann es zur B. P. secundum tabulas, und wenn auch diese nicht zur bestimmten Zeit gebeten worden, zu einer ab intestato, so daß immer die vorhergehende Classe vor der nachfolgenden den Vorzug hatte, und dann der Nächstfolgende eben so zur B. P. gelangte, als ob derjenige, welcher ihm vorgieng, gar nicht da wäre [39]. Hiernach erläutert nun Paulus den Unterschied zwischen ignorantia iuris und facti durch Beyspiele, die von diesem Edict hergenommen sind, und geht dabey von dem Grundsatz aus, daß der Rechtsirrthum schädlich, factische Unwissenheit aber unschädlich sey, also diese den Lauf der bestimmten Zeitfrist hindere, jener aber darauf keinen Einfluß habe. Wenn also Jemand nicht weiß, daß derjenige gestorben sey, dessen Nachlaß er durch die bonorum possessio erhalten kann; so ist diese Unwissenheit unschädlich, denn sie ist eine factische. Weiß er aber zwar, daß ein Verwandter von ihm gestorben sey, er weiß aber nicht, daß er proximitatis nomine die B. P. unde cognati

§. 27. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts, §. 215. der 5. Aufl.

38) §. 2. *I. eodem.*

39) §. 9. *I. eodem.* Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, eiusdem gradus personis accrescit: vel si nemo sit deinceps, ceteris perinde bonorum possessionem ex successorio Edicto pollicetur, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset.

hätte erhalten können [40]); oder er weiß, daß er von dem Verstorbenen im Testament zum Erben eingesetzt sey, er weiß aber nicht, daß der Prätor auch den Testamentserben die B. P. giebt, wenn das Testament von sieben Zeugen mit beygeschriebenen Namen besiegelt war [41]); so ist sein Irrthum ein error iuris, und er hat sich durch Versäumniß der Zeit des Vortheils der bonorum possessio verlustig gemacht. Paulus führt ferner das Beyspiel an, wenn der frater consanguineus des Verstorbenen glaubt, daß ihm die Mutter vorgehe. Durch das Senatusconsultum Tertullianum, worauf sich dieses Beyspiel bezieht, war bekanntlich der Mutter unter Hadrian, oder richtiger unter Pius [42]) zuerst ein civilrechtliches Successionsrecht gestattet worden, nachdem sie bis dahin, als cognata, nach dem Civilrechte ihre Kinder gar nicht beerbte, der Prätor aber ihr nur in der Classe unde cognati die bonorum possessio gab. Es setzte aber das Senatusconsultum voraus, daß die Mutter das ius liberorum hatte, das Kind auch, welches sie beerben wollte, in einem solchen Zustande verstorben war, wo es ein eignes Vermögen hinterlassen konnte, welches nicht iure peculii an den paterfamilias fiel, und überdem keine solche Verwanden vorhanden waren, welche die Mutter ausschlossen, weil sie entweder auf die hereditas Ansprüche hatten, oder auch nur zu irgend einer bono-

40) *L. 2. Cod. Qui admitti ad bonor. possess.*

41) S. von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 2. B. Kap. 22. S. 185.

42) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 60. Not. *).

rum possessio cum re berufen waren [43]. Zu dieser gehörten denn auch die Brüder des verstorbenen Kindes, die mit ihm Agnaten waren, also fratres consanguinei, von einem Vater, gleichviel, ob mit einer, oder verschiedenen Müttern rechtmäßig erzeugt, oder auch adoptirt [44]. Schwestern, welche consanguineae sind, schlossen die Mutter nicht aus, sondern mit ihnen erbte die Mutter zugleich; war aber noch ein frater consanguineus vorhanden, so erbten blos die Geschwister mit Ausschluß der Mutter. Der Vater hingegen war ausgeschlossen, wenn die soror consanguinea des verstorbenen Kindes mit der Mutter erbte [45]. Dieses Recht, was zu Paulus Zeiten galt, ist zwar nachher auf mancherley Art, schon vor der Novelle 118., durch Justinians frühere Verordnungen abgeändert worden [46]. Es kann aber doch noch immer als ein passendes Beyspiel eines Rechtsirrthums gelten. Nur der Halbbruder würde sich nach der Novelle 118. *cap.* 3. nicht mehr irren.

43) Ulpianus *Fragm. Tit. XXVI.* §. 8. Paulus *Sent. Receptar. Lib. IV. Tit.* 9. §. 1. *et* §. 9. §. 3. *I. de SCto Tertull. L.* 10. *D. de suis et legitim. heredib. L.* 2. §. 15 — 19. *D. ad SCt. Tertyll.* S. meine Intestaterbfolge §. 60. von Löhr von dem Erbrechte der Mutter vor der Novelle 118. im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 4. Bandes 1. Heft (Giessen 1820.) Nr. VIII. S. 109.

44) §. 3. *I. de SCto Tertull. L.* 7. *D. ad SCt. Tertull. et orphit.*

45) *L.* 2. §. 18. *D. eodem.*

46) S. Cujacius Comment. in Lib. XLIV. Pauli ad Edictum. ad h. L. Tom. II. Oper pag. 665. und von Löhr a. a. O. S. 121. ff.

§. 2. Weiß Jemand nicht, daß er des Verstorbenen Cognat sey, so kann seine Unwissenheit zuweilen ein Rechtsirrthum, zuweilen ein factischer seyn. Paulus nimmt hier zwey Fälle an. Erstens, der Irrende weiß, wer seine Eltern sind, er weiß auch, daß er ein freyer Mensch sey, weiß aber gleichwohl nicht, daß ihm die Rechte der Cognation zustehen. Hier ist sein Irrthum ein Rechtsirrthum. Die Zeit, binnen welcher er sein Erbrecht hätte geltend machen sollen, wird also durch diesen Irrthum nicht aufgehalten. Zweytens, der Irrende kennt seine Eltern nicht, er war z. B. ein Findelkind, und derjenige, welcher ihn aufnahm, hatte ihn als seinen Sklaven erzogen[47]). Er wuste also nicht, daß er des Verstorbenen Verwandter sey. Hier ist sein Irrthum ein error facti, und so lange er sich darin befindet, verrinnt ihm die Zeit der bonorum possessio nicht.

§. 3. Die hier vorkommenden Beyspiele sind wieder von der Bonorum possessio hergenommen. Wenn nämlich Jemand zwar weiß, daß einem Andern die bonorum possessio deferirt sey, aber nicht weiß, daß dieser die Zeit versäumt habe, binnen welcher sie hätte agnoscirt werden sollen, so irrt er in facto; und dieß ist auch der Fall, wenn er glaubt, der prätorische Erbe habe die B. P. erhalten, welche er nicht erhalten hat. Weiß er aber, der nähere Cognat habe die B. P. nicht gesucht, sondern die Zeit versäumt; er weiß aber nicht, daß er vermöge des successorischen Edicts hätte eintreten, und als der Nächst-

47) Findelkinder als Sklaven zu erziehen war dem Verpfleger erlaubt. Seneca *Controv. Lib. V. Controv.* 33. *L.* 1. *Cod. Theod. de expositis.* Cujacius l. c.

folgende die B. P. bitten können [48]), und läßt die Bittfrist ablaufen, so verdient er keine Entschuldigung, denn sein Irrthum ist ein Rechtsirrthum.

§. 4. Auf gleiche Weise irrt derjenige, welcher weiß, daß ein Testament vorhanden sey, worin er zum Universalerben ist eingesetzt worden, er glaubt aber, er könnte vor Eröffnung des Testaments die Bonorum possessio nicht suchen. Das ältere Recht, welches zu Paulus Zeiten galt, machte bey den Testamentserben, die keine sui oder necessarii waren, wenn das Testament ein schriftliches war, in Absicht auf die Erwerbung der Erbschaft einen Unterschied, ob mehrere Miterben eingesetzt waren, oder nur ein Erbe allein ernannt war. Im ersten Falle durfte keiner der Miterben die Erbschaft vor feierlicher Eröffnung des Testaments antreten [49]); und eben so wenig konnte auch in diesem Falle ante apertas tabulas die

48) In den *Basilicis* Tom. I. Lib. II. Tit. 4. Const. 1. §. 3. pag. 95. ist der Ausdruck gebraucht: ἐκ τῆς ἐπαναβάσεως. Cujacius in Commentar. ad Pauli libros ad Edictum. Tom. II. *Operum* pag. 665. erklärt diese Worte: ex transmissione, quae fit ad insequentem gradum, ex parte successoria, ex edicto successorio. *L.* 1. *Cod. de successorio edicto* sagt: ex Edicto, quo prioribus non petentibus, sequentibus permittitur petere bonorum possessionem.

49) War das Testament feierlich eröfnet, so konnte der heres *ex parte* scriptus die Erbschaft antreten, wenn er es auch gleich noch nicht wußte. Denn die Eröffnung des Testaments war eine conditio iuris; bey solchen Bedingungen war es genug, wenn sie nur wirklich erfüllt waren. *L.* 21. *in fin. D. de condit. et demonstrat.*

bonorum possessio gesucht werden[50]. In dem letztern Falle hingegen, wenn nur ein Erbe allein eingesetzt war, gesetzt auch nur ex certa re, oder ex pluribus partibus[51]), war die Antretung der Erbschaft eben so, wie die bonorum possessio secundum tabulas schon vor Eröffnung des Testaments gestattet[52]). Dieser Unterschied war, wie Justinian[53]) bemerkt, durch die Lex Papia Poppaea und zwar zum Besten des Fiscus eingeführt worden, um das Accrescenzrecht auszuschließen, welches sonst bey Miterben eintrat, wenn einer wegfiel[54]). Starb nun einer der Miterben vor Eröffnung des Testaments, so ward dieser Erbtheil caduc, und fiel dem Fiscus anheim[55]). Von einem Accrescenzrechte aber konnte keine

50) Cujacius Comm. ad Paulum c. I. pag. 666.

51) *L.* 1. §. 4. *D. de heredib. instit.* *L.* 8. *pr. D. de acquir. vel omitt. heredit.*

52) *L.* 1. §. 2. *D. de bonorum possess. sec. tabulas*, wo Ulpian sagt: Nec enim opus est, aperire (tabulas), ut bonorum possessio secundum tabulas agnoscatur.

53) *L. un.* §. 1. *Cod. de caducis tollendis.*

54) *Franc.* Balduinus de lege Papia Poppaea, in Commentar. ad leges de iure civili pag. 111. sq. (edit. *Gundling. Halae* 1730. 8.) *Franc.* Ramos del Manzano Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. LXXVI. nr. 9 — 12. (in *Ger.* Meerman *nov. Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 510. sq.) und *Jo. Gottl.* Heineccius ad Leg. Juliam et Pap. Poppaeam Commentar. Lib. III. Cap. 2. §. 2. p. 376. sqq. et Cap. 6. pag. 403.

55) Ulpianus *Fragm. Tit. XVII.* §. 1. und Schulting ad Eundem in *Iurisprud. vet. Antejust.* pag. 616. not. 7. Fiel einer der Miterben erst nach Eröffnung des Testa-

Frage seyn, wenn nur ein heres ex asse vorhanden war; weil, wenn dieser, auch nicht Erbe wurde, doch nicht der Fiscus, sondern die Intestaterbfolge eintrat. Die Lex Papia gieng jedoch nur die heredes extranei an, weil sui und necessarii heredes die Erbschaft ipso iure acquirirten [56]). Auch der in einem mündlichen Testament ernannte Erbe konnte die Erbschaft antreten, wenn es ihm beliebte, er mochte allein ernannt seyn, oder Miterben haben [57]). Bey einem schriftlichen Testamente hingegen mußten die Miterben die Eröffnung des Testaments abwarten, und diese mußte nach der Lex Julia vicesimaria auf eine feyerliche Art geschehen [58]). Nur der

ments weg, so trat nicht das Recht der Caducität, sondern das Accrescenzrecht ein. *L.* 23. *D. de vulg. et pup. substitut. L.* 53. *pr. et* §. 1. *L.* 59. *D. de acqu. vel omitt. hered. L.* 26. §. 1. *D. de condit. et demonstrat. L.* 2. §. 8. *D. de bonor. poss. sec. tab.* S. Schulting ad *Pauli* Sentent. recept. Lib. IV. Tit. 8. §. ult. in *Iurispr. Antejust. p.* 414.

56) *L.* 14. *D. de suis et legitimis heredib.* Diese Stelle ist aus Caji *libro* 13. *ad Leg. Iul. et Pap.* genommen. *L.* 58. *D. de adquir. vel omitt. hered. L.* 3. *Cod. de iure deliber.*

57) *L. ult. D. de iure codic.* aus Pauli *libro V. ad Leg. Juliam et Papiam.*

58) Paulus *Sentent. receptar. Lib. IV. Tit.* 6. §. 1. *et* 3. Um jedoch die Caducität zu verhüten, wenn etwa vor der Eröffnung des Testaments einer von den Miterben sterben, oder sein Bürgerrecht verlieren sollte, erfand man *in fraudem legis Papiae Poppaeae* die reciproca coheredum substitutio, wie Justinian *L. un. pr. Cod. de caduc. toll.* selbst bemerkt. Daher handelte auch Cajus *libro III. ad Leg. Juliam et Pap. Poppaeam* von

heres ex asse konnte schon vor Eröffnung des Testaments die Erbschaft sowohl nach dem Civilrecht antreten, als durch die bonorum possessio secundum tabulas erwerben. Wuste er dieses nicht, und er konnte es doch leicht wissen, so ist dieses ein Rechtsirrthum, der keine Entschuldigung verdient; die Zeitfrist läuft ihm daher noch vor der Eröffnung des Testaments gleich von dem Augenblick an, da er gewust, daß der Erblasser todt, und er sein nächster Erbe sey. Paulus sagt dieses noch an einem andern Orte, *libro II. ad Sabinum*, woraus die *L. 10. D. de bonorum possessionibus* genommen ist: In bonorum possessionibus iuris ignorantia non prodest, quominus dies cedat: *et ideo heredi instituto et ante apertas tabulas dies cedit:* satis est enim, scire mortuum esse, seque proximum cognatum fuisse, copiamque eorum, quos consuleret, habuisse, scientiam enim non hanc accipi, quae iuris prudentibus sit: sed eam, quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores adsequi potest. Justinian hob nun zwar die Lex Julia caducaria oder Papia Poppaea durch seine Constitution de caducis tollendis §. 1. et 5. (VI. 51.) wieder auf, und stellte das alte Recht wieder her, so daß es nun den Erben erlaubt ist, die Erbschaft gleich nach dem Tode des Testirers anzutreten, sive ex parte sint, sive ex asse instituti, wenn auch das Testament noch nicht eröffnet worden; es kann aber doch das vom Paulus daher genommene

der Substitution. *L.* 5. *D. de vulg. substitut.* S *Jo. Aug.* CLEEMANN Disputat. de reciproca coheredum substitutione. *Lipsiae* 1770. §. 6.

Beyspiel noch immer als ein treffendes Beyspiel von einem Rechtsirrthum gelten. Hat der Erbe die bonorum possessio darum nicht gesucht, weil er nicht gewußt, daß ein Testament vorhanden sey, so ist sein Irrthum ein factischer. Aus diesen Beyspielen, welche Paulus hier gegeben hat, bilden sich nun auch die Begriffe von Rechtsirrthum und factischen Irrthum von selbst. Letzter ist nämlich vorhanden, wenn Jemand von den Thatumständen entweder gar keine oder keine richtige Wissenschaft hat, welche das Recht und dessen Ausübung oder Anwendung voraussetzt. Ein solcher factischer Irrthum kann sich in sehr mannichfaltigen Beziehungen äußern. Er kann a) Personen, oder persönliche Eigenschaften, eigne [59]) oder fremde [60]), betreffen. b) Sachen, oder deren Eigenschaften [61]). c) Handlungen, ihre Art, ihre einzelnen Bestandtheile, ihren Zweck, ihr Daseyn oder Nichtdaseyn [62]). Bezieht sich der factische Irrthum auf eine vergangene Handlung, so kann der Irrthum entweder die eigene Handlung des Irrenden, oder die Handlung einer andern Person betreffen. Daher unterscheiden die Gesetze zwischen error facti proprii, und error facti alieni [63]). Ein Rechtsirrthum ist hingegen vorhanden, wenn Jemand zwar das factum weiß, woraus ihm ein gewisses Recht

59) *L. 96. D. de acquir. vel. omitt. hered.*

60) *L. 3. pr. D. de SCto Macedon. L. 2. §. 15. et 16. D. Pro emtore.*

61) *L. 9. L. 11. L. 14. et 15. D. de contr. emt.*

62) *L. 13. §. 2. D. de public. in rem act. L. ult. D. de SCto Macedon.*

63) *L. 22. pr. D. de condict. indeb. L. 12. D. de novat. L. 5. §. 1. D. Pro Suo.*

erwächst; oder weswegen ihm die Gesetze Etwas gewisses gestatten, aber von dem Daseyn eines solchen Rechts entweder gar keine oder eine unrichtige Kenntniß hat[64]). Es wird jedoch bey diesem Irrthum das Daseyn eines geschriebenen gemeinen Rechts vorausgesetzt. Denn die Nichtkenntniß von Gewohnheitsrechten und Privilegien wird dem error facti beygezählt[65]). Der Irrthum in Ansehung des Rechts kann sich nun auch auf sehr verschiedene Art äussern, nämlich 1) wenn man eine Person für fähig hält, ein solches Geschäft zu schliessen, als man mit ihr eingeht, welche doch diese gesetzliche Fähigkeit nicht hat. Z. B. wenn ich weiß, daß ich mit einem Pupillen contrahire, glaube aber, es sey bey dem Geschäft die Auctorität des Tutors nicht nöthig[66]). 2) Wenn man glaubt ein Geschäft habe alle gesetzlich vorgeschriebene Erfordernisse der Gültigkeit, welches doch nach den Gesetzen nichtig ist. Z. B. putavit quis recte factum testamentum, cum inutile erat, wie Ulpian[67]) das Beyspiel giebt. 3) Wenn man unterließ sich einer gewissen Rechtswohlthat zu bedienen, weil man sie nicht kannte. Z. B. Man unterließ aus Unwissenheit des Rechts von der Wohlthat des Falcidischen Ge-

64) Donellus Commentar. de iure civ. Lib. I. cap. 19.

65) *Cap. 1. de constitut. in VIto.* verb. quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta (*cum sint facti et in facto consistant*) potest probabiliter ignorare.

66) *L. 2. §. 15. D. pro emtore.*

67) *L. 25. §. 6. D. de heredit. petit.*

setzes [68]), der Wohlthat der Competenz [69]), der Wohlthat der Theilung [70]) Gebrauch zu machen; desgleichen wenn man rechtlich erlaubte Maasregeln zur Sicherung des Seinen, oder zur Abwendung eines sonstigen Nachtheils unterließ [71]). 4) Wenn man eine Handlung gegen Prohibitiv-Gesetze begeht, welche man aus Unkunde derselben für erlaubt hielt [72]). Die möglichen Folgen dieses Irrthums sind, daß dem Irrenden entweder ein Vortheil entgeht, oder daß ihn ein Vermögensverlust, oder eine Strafe trifft.

Es giebt jedoch I) Fälle, wo das Wissen oder Nicht-Wissen, das Recht- oder Falsch-Wissen des Handelnden überall nicht in Betrachtung kommt. Dieß ist der Fall, wo das Gesetz gewisse Folgen an gewisse Handlungen geknüpft hat, ohne dabey auf ein bestimmtes Wissen oder Nichtwissen desjenigen, den sie treffen, Rücksicht zu nehmen. Dahin gehört, 1) wenn bey einem Geschäfte die zur Gültigkeit desselben vorgeschriebene Form vernachläßiget worden ist [73]). 2) Wenn eine Handlung gegen ein gesetzliches Verbot ist unternommen worden [74]). In beyden Fällen

68) *L. 9. Cod. ad Leg. Falcid.*

69) *L. 9. D. de condict. indeb.*

70) *L. 49. §. 1. D. de fideiussor.*

71) *L. 6. L. 7. §. 2. D. de damno inf.*

72) *L. 1. Cod. de interdicto matrim.*

73) *L. 29. §. 3. D. de inoff. test. L. 4. L. 15. D. Qui testam. fac. poss. L. 12. Cod. de testam.* Jedoch giebt es ausnahmsweise Milderungen *§. 7. I. de testam. ord. L. 1. Cod. eodem. Nov. CXXVII. cap. 2.*

74) *L. 5. Cod. de legib. L. 1. L. 6. Cod. de interdicto matrim. inter pupill. et tutor. L. 67. D. de iure dot.*

ist die Handlung wirkungslos und nichtig, ohne daß ein Berufen auf Unwissenheit und Irrthum von dieser Folge befreiet, mögen auch andere sonst noch mit einer solchen Handlung gesetzlich verknüpften Nachtheile deswegen nicht Statt finden [75]. 3) Wenn ein tempus continuum abgelaufen, mit dessen Ablauf Verlust eines Rechts verknüpft ist [76]. 4) Wenn eine zwar an sich vorhandene, aber gesetzlich eingeschränkte, jedoch nicht völlig aufgehobene Verbindlichkeit, erfüllet worden ist, ohne sich der deshalb gestatteten Einrede oder Rechtswohlthat zu bedienen [77]. 5) Wenn ein solcher Fall vorhanden ist, wo schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Grund einer Verbindlichkeit von der Einwilligung des Verpflichteten ganz unab-

75) *L.* 3. *L.* 5. *C. de his, qui sibi adscribunt. L.* 4. *C. de incestis nupt.*

76) *L.* 8. *Cod. de dolo malo. L.* 3. *in fin. Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor. L.* 12. *in fin. C. de praescript. longi tempor. X. vel XX. annor.* Nur wenn ein factum alienum Grund der Existenz einer obligatio ist, läuft dem Berechtigten, ohne dieses factum zu kennen, keine Verjährung. *L.* 6. *D. de calumniatoribus.* S. Mühlenbruch angef. Abhand. §. 2. S. 366.

77) Was also zur Erfüllung einer obligatio naturalis, es sey aus Irrthum oder mit Wissen geschehen, geleistet worden, kann nicht zurückgefordert werden. *L.* 13. *L.* 19. *pr. L.* 59. *L.* 64. *D. de condict. indeb. L.* 10. *D. de obligat. et action.* Das Nämliche gilt in allen den Fällen, wo einem Schuldner wegen einer Rechtswohlthat blos eine Einrede gestattet ist, z. B. des beneficium competentiae, *L.* 8. *et* 9. *D. de condict. indeb.* die exceptio Senatusconsulti Macedoniani. *L.* 9. §. 4. *et* 5. *D. de SCto Maced. L.* 40. *pr. D. de condict. indeb.* das *beneficium divisionis L.* 49. §. 1. *D. de fideiussor.*

hängig ist, sie entstehe nun aus einem Delict oder aus der Billigkeit, (ubi ex re venit obligatio) [78]).

Es giebt nun aber auch II) Fälle, wo eben so unbedingt eine Berufung auf Irrthum Statt findet, der Irrthum sey ein error iuris oder facti, error facti alieni oder proprii. Dahin gehört 1) wenn die Gesetze die Gültigkeit einer Handlung lediglich von der freien Entschließung und Einwilligung der Interessenten abhängig gemacht haben. Hier macht der Irrthum die Handlung ungültig, er sey ein factischer, oder ein Rechtsirrthum, quia nulla voluntas errantis est [79]). So ist z. B. eine freiwillige Gerichts-Prorogation [80]), ein Bekenntniß [81]), die Anerkennung eines Testaments [82]), eine Ueber-

78) *L. 46. D. de obligat. et act.* Furiosus et pupillus, *ubi ex re actio venit*, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit, nam iudicio communi dividundo obligabuntur. Es versteht sich, daß die aus unerlaubten Handlungen entspringende Verbindlichkeit zwar nicht Concurrenz des Vormundes, aber doch Imputabilität bey dem Urheber der Handlung, also Freiheit der Entschließung, erfordert. S. Weber's syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 71. S. 271. ff.

79) *L. 20. D. de aqua et aquae pulv. arc. act.* S. Donellus c. l. cap. 21. §. De tertio genere und Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 2. Th. §. 134.

80) *L. 15. D. de iurisdict. L. 2. pr. D. de iudiciis.*

81) *L. 5. Cod. de iuris et facti ignor.* Anders war es zwar bey einer confessio in iure facta, d. i. wenn Jemand vor dem ordentlichen und gehörigen Magistrate des Geg-

tragung des Eigenthums[83]), eine pro herede gestio[84]) wirkungslos, welche sich auf einen Irrthum gründet, er sey von welcher Art er wolle, weil er die Freyheit der Entschliessung aufhebt. 2) Wenn die Gesetze, um gewisse nachtheilige Folgen zu entfernen, nur Abwesenheit des Dolus erfordern, so dient jeder Irrthum zur Entschuldi-

ners Forderungen oder das von ihm behauptete Recht selbst, oder die Thatsachen, woraus desselben Anmassung rechtlich folgte, ohne Vorschützung einer Exception als wahr und richtig einräumte. Hiergegen fand der Einwand des Irrthums nicht Statt. *L.* 2. *et* 3. *D. de confessis.* Der Grund war, quia confessus *in iure* pro iudicato est, qui quodammodo *sua sententia* damnatur, wie Paulus sagt *L.* 1. *D. eodem.* Eben so *L. un. Cod. eodem.* (VII. 59.) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. IV. 19. S. 77. ff. Es ist jedoch von dieser Vorschrift des Röm. Rechts jetzt kein Gebrauch mehr zu machen, da sie sich auf das Verfahren vor dem Magistratus und dem iudex bezieht, welches schon nach dem neuern Röm. Recht nicht mehr Statt findet. S. Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1798. und Mühlenbruch angef. Abh. §. 2. S. 367. Not. 16. Wer also aus Irrthum etwas Unwahres als Wahr bekannt hat, dem muß es der Regel nach immer noch frey stehen, das Bekenntniß, so lange die Streitsache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, zu wiederrufen, wenn er durch Beweis des Gegentheils den behaupteten Irrthum darthun will und kann. *L.* 7. *C. h. t.* Weber von der Beweisführung a. a. O. S. 87.

82) *L.* 4. *L.* 8. *Cod. h. t.*

83) *L.* 35. *D. de acquir. rer. dom.*

84) *L.* 22. *D. de acquir. vel omitt. hered.*

gung, er äußere sich in iure oder in facto [85]). Dieß ist der Fall bey der hereditatis petitio, wenn es darauf ankommt, ob der Besitzer der Erbschaft für einen bonae fidei possessor zu halten sey. 3) Wenn Jemand aus Irrthum seine Lage sich weniger vortheilhaft vorstellt, als sie in der That ist, so ist ihm sein Irrthum unschädlich, wenn gleich seine Gesinnung dabey nicht redlich war, wofern nur die Wahrheit der Sache sie entschuldigte. Z. B. es meint Jemand eine fremde Sache zu kaufen, die doch wirklich des Verkäufers Eigenthum war. Es tritt hier die Regel ein: plus in re est, quam in existimatione mentis [86]). Endlich ist auch 4) der Irrthum einer Parthey oder ihres Anwalts vor Gericht, er betreffe das Recht selbst, oder Thatsachen, unschädlich, wenn er einen Punct betrifft, welcher rein zur Sphäre der richterlichen Reflexion gehört, und daher vom Richter nach den richtigern Grundsätzen des Rechts oder aus den Acten schon von Amtswegen verbessert werden muß [87]); oder auch von der Parthey oder deren Anwalte zurückgenommen wird, so lange noch kein rechtskräftiges Urtheil entgegensteht [88]). Ge-

85) *L.* 25. §. 6. *D. de heredit. petit.*

86) *L.* 9. §. 4. *D. h. t.*

87) *L. un. Cod. Ut quae desunt advocatis partium, iudex suppleat.* (II. 11.) §. 34. *I. de action.* *L.* 1. §. 3. *Cod. de plus petit.* (III. 10.) *L.* 6. §. 1. *D. de officio Praesid.* *Cap.* 6. *X. de iudiciis.* S. Puchta über die Grenzen des Richteramtes in bürgerlichen Rechtssachen. (Nürnberg 1819. 8.) §. 26. u. 27. und Martins Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchcollegii der Univ. Heidelberg. 1. Band Nr. X. §. 11. S. 371.

88) *Cap.* 2. *X. de in integr. restitut. in 6to.* Ubi vero *per viam communem revocationis erroris*, quem in

schieht die Revocation binnen drey Tagen; so wird das, was vor Ablauf derselben zurückgenommen wird, ohne weitern Beweis des Gegentheils, als nicht vorgebracht angesehen; nach Ablauf dieser Frist hingegen findet die Zurücknahme des Irrthums anders nicht Statt, als wenn man das Gegentheil darthun kann. Kann dieser Beweis geführt werden, so ist selbst ein Geständniß vor Gericht unwirksam, wenn gleich der Gegner den zugestandenen Umstand schon acceptirt haben sollte [89]).

L. 2. NERATIUS [90]) libro V. Membranarum.

facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se iuvare, hoc *quandocunque* poterit, donec negotium sit finitum. — *L. 3. C. h. t.* Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet: *nam causa decisa velamento tali non instauratur.*

89) *L. 1. 2. et 3. Cod. de errore advocator.* Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. IV. 12. S. 88. ff. und den 5. Theil dieses Commentars §. 368.

90) *Claud. Chevallon* lieset *Martianus.* Allein diese Leseart ist offenbar falsch, weil, ausser Neratius, keiner der alten Röm. Rechtsgelehrten libri membranarum geschrieben hat. Unstreitig ist diese Benennung von der Materie hergenommen, worauf diese Bücher geschrieben waren. Der Inhalt der daraus in die Pandecten aufgenommenen Stellen (WIELING Iurisprud. restituta pag. 132 — 134.) lehrt, daß sie in vermischten Anmerkungen über rechtliche Gegenstände des gemeinen Lebens ohne eine gewisse Ordnung bestanden haben. S. *Christ. Gottl.* RICHTER Exercit. de Neratio Prisco ICto. *Lips.* 1788. Cap. VIII. pag. 72. sqq.

In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debebit: cum ius finitum et possit esse, et debeat: facti [91]) interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

Neratius giebt hier den Grund an, warum der Rechts- und factische Irrthum nicht überall gleiche Wirkungen haben. Die Verfasser der Basiliken [92]) haben den Sinn dieser Stelle richtiger durch eine Vorsetzung des non ausgedruckt, wenn sie dieselbe auf folgende Art ins Griechische übertragen haben: Οὐχ ἡ αὐτή ἐστι νόμου καὶ φάκτου ἄγνοια: i. e. *Non eodem loco est iuris et facti ignorantia.* Es würde also offenbar unrichtig seyn, wenn man mit Cujaz [93]) die Worte des Neratius so verstehen wollte: Ueberall erzeugen Rechts- und factischer Irrthum verschiedene Folgen [94]). Warum nun der Rechtsirrthum weniger zu entschuldigen ist, als ein factischer, hat seinen Grund darin, weil jener gewöhnlich kein unverschuldeter ist. Denn die Gesetze, welche in dem Lande gelten, wo man wohnt, kann und soll Jeder wissen [95]); und, war sie nicht weiß, kann sich mit leichter Mühe die Rechtsbelehrung verschaffen. Das Recht an sich ist auch

91) Cod. Erlang. hat facti *autem* interpretatio. Eben so *Chevallon*, *Baudoza* und *Merlin*.

92) Tom. I. Lib. II. Tit. 4. Const. 2. pag. 95.

93) Commentar. ad h. Tit.

94) S. Mühlenbruch angef. Abhandl. §. 4. S. 385.

95) *L.* 12. *Cod. h. t.* Impp. VALENT THEOD. et ARCAD. AAA. *Flaviano* PF. Illyrici et Italiae. Constitutiones Principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus. Add. *L.* 48. *pr. D. de fideiussor.*

leicht verständlich zu machen[96]. Denn es ist, oder könnte und sollte wenigstens seyn, einfach, und bestimmt[97]. Es ist auch für Alle dasselbe. Das Factum ist hingegen seiner Natur nach individuell, und unendlicher Verschiedenheiten fähig, so daß wegen dieser Verschiedenheit der Umstände im einzelnen Falle die richtige Subsumtion desselben unter das Gesetz auch der Gescheidteste nicht immer trifft[98]. Ueberdem läßt sich auch über das, was rein Factisch ist, keine rechtliche Belehrung geben. Sic Divus quoque Pius, sagt Marcian[99], Tullio Balbo re-

96) Aristoteles III. cap. 5. *Leges oportet scire, nec sunt difficiles.* (μη χαλεπά ἐστι). *L. 9. Cod. de Legibus.* Impp. Valentinian. et Marcianus AA. ad *Palladium* P. P. Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, *intelligi ab omnibus debent*, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. Man sehe auch Quinctilian. Instit. orat. Lib. XII. c. 3.

97) *Basilica* T. I. p. 95. haben: ὁ μὲν γὰρ νόμος ὥρισται.

98) Leyser Meditation. ad Pandect. Vol. X. Spec. DCXLV. medit. 17. hat wohl nicht Unrecht, wenn er den Ausdruck *facti interpretatio* in unserer *L. 2. h. t.* von einer iuris ad factum adplicatio erklärt. Eben so Borst über die Erstattung der Prozeßkosten. §. 44. S. 142. Daß das Wort interpretatio hier mehr als scientia bedeute, wie es die Meisten mit der Glosse verstehen wollen, bewähren auch die *Basilica* T. I. pag. 95. ἡ δὲ τοῦ φάκτου ἑρμηνεία καὶ τους φρονίμους ὡς ἐπίπαν ἀπατᾶ. Man vergl. auch noch *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. scientia. Tit. I. Pr. II. Illat. 7. pag. 12.

99) *L. 32. pr. D. de Usuris.*

scripsit, *an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam iuris.* Deswegen schrieb auch Pomponius *libro XII. Epistolarum*, wie ebenfalls Marcian bemerkt, difficilem esse huius rei definitionem. Hierzu kommt, daß wenn man auch oft weiß, es sey etwas geschehen, doch die Absicht, warum es geschahe, und die daraus entstandene Folge auch der Klügste nicht errathen hätte. Darum verdient der error facti mehr Entschuldigung [100]. Es wird aber doch auch bey diesem Irrthume vorausgesetzt, daß er wahrscheinlich sey; und dieß ist, wie Neratius an einem andern Orte [1]) sagt, eigentlich nur eine ignorantia facti alieni: *quia in facti alieni ignorantia tolerabilis error est.*

L. 3. Pomponius *libro tertio ad Sabinum.*

Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret [2]), an de iure suo ignorat [3]). Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert: non deperditi [4]), et nimium securi hominis.

100) Donellus c. l. Lib. I. cap. 23. und Conradi Observation. iur. civ. Vol. I. pag. 99.

1) *L. ult.* §. 1. *D. Pro suo.*

2) Cod. Erlang. *nesciret.* Haloand. Miräus, Chevallon, Merlin und Baudoza non sciat.

3) Cod. Erl. *ignoret.* Eben so Baudoza, Chevallon, Merlin und Miräus.

4) *Guil.* Budaeus Annotat. prior. et poster. in Pand. fol. 200 b. will desidia praediti lesen. Allein auch die *Basilica* Tom. I. pag. 95. Const. 3. haben τοῦ ἀπολλυμένου, welches das Lateinische deperditi ausdrückt.

Pomponius handelte in dem dritten Buche seines Commentars über den Sabinus von der Erwerbung einer hereditas, so wie von der admissio bonorum possessionis, desgleichen von der Ablehnung einer Erbschaft und der den suis heredibus zustehenden Rechtswohlthat der Abstinenz, wie aus den daraus in unsern Pandecten aufgenommenen Fragmenten zu ersehen ist [5]. Er geht daselbst von dem Grundsatz aus, der Erbe muß bey der Antretung einer Erbschaft, so wie bey der Repudiation derselben, seines Rechts, und aller Umstände, welche zum *ius heredis* gehören, gewiß seyn. Befindet er sich deshalb in einer Ungewißheit oder in einem Irrthume, so ist die ganze Handlung wirkungslos [6]. Dabey zeigt er denn, daß ein großer Unterschied sey, ob Jemand de iure suo im Zweifel ist, oder ob er wegen solcher Umstände in der Unwissenheit sich befindet, welche sich auf die Handlung und Rechtsverhältniß eines Dritten beziehen. Da Pomponius hier von der Antretung und Ablehnung einer Erbschaft redet, so muß der von ihm gemachte Unterschied auch eigentlich in dieser Beziehung verstanden werden, zumal da Pomponius in den aus dem *libro III.*

Es ist also kein Grund zu einer Emendation vorhanden, wie auch Cujacius in Comment. ad h. L. gegen Budäus erinnert hat.

5) *L. 11. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 23. D. eod. L. 9. D. de bonor. poss.* Wieling Iurisprud. restituta. pag. 222. und *Henr. Theod.* Pagenstecher Commentar. in Sexti Pomponii ICti ad Sabinum libros IV. (*Lemgoviae* 1750. 4.) Cap. VII. pag. 106 seqq.

6) *L. 22. L. 23. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 13. §. 1. L. 15. L. 16. L. 17. D. eodem.*

ad Sabinum entlehnten Fragmenten dieselben Ausdrücke gebraucht. So sagt er z. B. *L.* 13. *D. de acquir. vel omitt. hered.* In repudianda hereditate vel legato, certus esse debet *de suo iure* is, qui repudiat. Was heißt also hier *de iure suo* certum esse, oder *de iure suo* dubitare? Zum ius heredis gehört zweyerley, welches bey der Antretung oder Repudiation als wesentliche Bedingung vorausgesetzt wird, 1) die Erbschaft muß dem Erben wirklich angefallen seyn, 2) er muß gewiß wissen, daß sie ihm, und auf welche Art sie ihm deferirt sey. Ist der Erbe darüber in Ungewißheit, so sagt man *de suo iure dubitat*, und die in dieser Ungewißheit geschehene Antretung oder Repudiation der Erbschaft ist ohne Wirkung [7]. Z. B. der Erbe weiß nicht gewiß, ob der Testator noch lebt oder gestorben sey [8], ob ihm die Erbschaft als Testaments- oder als Intestaterben angefallen sey [9], ob der Testator die Testamentsfähigkeit gehabt habe, oder nicht [10], und ob überhaupt das Testament gültig sey oder nicht [11]; ob er pure oder unter einer Bedingung eingesetzt worden [12]. In allen diesen Fällen kann eine Erbschaft weder erworben noch ausgeschlagen werden. Hierher gehört auch noch der Fall, von welchem Ulpian *L.* 15. *D. de acquir. vel omitt. hered.* redet: Is qui

7) S. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civili. Lib. VII. Cap. 4. 5. et 6.

8) *L.* 15. §. 1. *L.* 19. *L.* 32. *pr. D. de acquir. vel omitt. hered.*

9) *L.* 17. §. 1. *L.* 22. *D. eodem.*

10) *L.* 32. §. 2. *D. eodem.*

11) *L.* 34. *pr. D. eodem.*

12) *L.* 32. §. 1. *L.* 34. §. 1. *in fin. D. eodem.*

putat se *necessarium*, cum sit *voluntarius*, non poterit repudiare [13]). Nam plus est in opinione, quam in veritate; und *L.* 16. *eodem*. Et e contrario, qui se putat necessarium, *voluntarius existere non potest*. Auch dieser Irrthum betrifft das ius heredis. Glaubte der Erbe, er sey ein necessarius heres, so konnte ihm die Erbschaft nach seiner Meinung nicht erst deferirt werden, er mußte sie ja schon in dem Augenblick des Todes des Erblaßers erworben haben. *Delata* enim *hereditas* intelligitur, sagt Terentius Clemens [14]), quam quis possit *adeundo* consequi. Glaubt nun der Erbe, er sey ein necessarius heres, und schlägt dennoch die Erbschaft aus, so steht er mit sich selbst im Widerspruche. Die Repudiation kann also von keiner Wirkung seyn, weil es demjenigen, welcher sich für einen necessarius heres hält, unmöglich ein rechter Ernst seyn kann, eine Erbschaft auszuschlagen, welche er als Zwangserbe behalten muß. Zwar ist er wirklich kein Zwangserbe, sondern ein voluntarius heres; allein die Meinung, welche er von sich hat, gilt hier mehr als die Wahrheit, wo von der Repudiation einer Erbschaft die Rede ist, welche eine gewisse Wissenschaft der Delation, und den ernstlichen Willen der Entäußerung zu ihrer Gültigkeit er-

13) Westphal im Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft 2c. §. 259. meint, das necessarium und voluntarius müsse umgekehrt, und so gelesen werden: qui putat se *voluntarium*, cum sit *necessarius*, weil sonst die folgende *L.* 16. nicht passen würde. Allein diese Versetzung ist offenbar unnöthig, alles steht im besten Einklange.

14) *L.* 151. *D. de Verb. Signific.*

fordert [15]. Eben so wenig kann aber auch in dem umgekehrten Falle derjenige, welche sich für einen necessarius heres hält, erst durch die Antretung Erbe werden wollen. Dieß soll es heißen, wenn Ulpian sagt: Et qui e contrario se putat necessarium, *voluntarius existere non potest*, id est; wie der gründliche Donellus [16] sagt, non potest adeundo heres fieri. Es ist also hier von dem entgegengesetzten Falle, nämlich von der Adition, die Rede. Zur Erwerbung der Erbschaft wird aber bey einem voluntarius heres der freie und überlegte Wille, die Erbschaft, welche man hätte ausschlagen können, übernehmen zu wollen, als wesentliche Bedingung, erfordert, welcher bey demjenigen nicht Statt finden kann, der da glaubt, daß er der Nothwendigkeit unterliege [17]. Ganz anders verhält es sich nun aber in dem vom Pomponius berührten andern Falle, da der Irrthum nicht das ius heredis, sondern *alterius causam et factum* betrifft. Zur Erwerbung einer Erbschaft vom heres voluntarius wird auch erfordert, daß derjenige, welcher eine Erbschaft antreten will, fähig seyn müsse, sich verbindlich zu machen. Kann er dieses nicht, so kann er die Erbschaft so wenig durch Antretung erwerben, als durch Repudiation verlieren [18]. Ist also einer Person

15) Donellus c. l. cap. 5. §. 1. in fin. *Jos.* Finestres Praelectiones Cervariens. ad Tit. Pand. de acquirenda vel omitt. hereditate. P. II. Cap. 8. §. 45. pag. 362. und Pothier Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXIX. Tit. 2. P. II. Nr. LXXIV. not. c. pag. 244.

16) L. c. Cap. 5. pag. 295.

17) Pothier c. l. not. d.

18) Donellus l. c. Cap. 6.

eine Erbschaft angefallen, welche unter der Vormundschaft steht; so wird, wenn er noch unmündig ist, die Auctorität des Tutors [19]), und wenn er mündig ist, der Consens des Curators erfordert [20]). Ist ferner einer Person eine Erbschaft angefallen, die noch unter der väterlichen Gewalt steht; so wird die Einwilligung des Vaters erfordert. Nach den Gesetzen der Pandecten ward dem Vater die Erbschaft erworben [21]). Der Haussohn konnte sie also ohne den Willen des Vaters weder antreten noch ausschlagen [22]). Ersteres darum nicht, weil der Sohn den Vater nicht wider dessen Willen verbindlich machen konnte [23]). Letzteres nicht, weil der Sohn dem Recht des Vaters, durch ihn die Erbschaft zu erwerben, nichts vergeben konnte. Daher mußte denn auch der Vater von allen Umständen, unter welchen dem Sohne die Erbschaft angefallen war, vollkommen unterrichtet seyn [24]). Nach dem neuern Recht erwirbt nun

19) §. 1. *I. de auctoritate tutor.* *L.* 9. §. 3. *D. de auctor. tutor.* *L.* 8. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* *L.* 5. *Cod. de repud. hered.*

20) *L.* 3. *C. de in integr. restitut. minor.*

21) *L.* 79. *D. de acquir. vel omitt. hered.*

22) *L.* 6. *pr. et* §. 2. *D. eodem.* *L.* 10. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* *L.* 18. §. 4. *Cod. de iure delib.* *L.* 13. §. 3. *L.* 14. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* *Jos.* Finestres Praelection. Cervariens. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. II. cap. 5. §. 1. §. 29. et 43.

23) *L.* 6. *pr.* cit. Qui in aliena potestate est, non potest invitum hereditati obligare eum, in cuius est potestate, *ne aeri alieno pater obligaretur.*

24) *L.* 93. *pr. D. de acquir. vel omitt. hered.* Pater, quoties filio mandat adire, certus esse debet, an pro

zwar der Vater nicht mehr die dem Sohn angefallene Erbschaft, sondern erhält blos den Nießbrauch. Es wird aber doch die Einwilligung des Vaters sowohl zur Antretung als Repudiation erfordert. Nur dann, wenn der Vater nicht einwilligen will, kann der Sohn die Erbschaft auf seine eigene Gefahr antreten[25]).

Wie nun aber, wenn derjenige, dem eine Erbschaft angefallen ist, kein Pupill mehr ist, er hält sich aber aus Irrthum noch für einen Pupillen; oder er ist sui iuris, hält sich aber für einen filiusfamilias; hindert dieser Irrthum die Antretung oder Repudiation der Erbschaft? Die Gesetze entscheiden diese Frage verneinend. Hermogenian sagt *libro III. iuris Epitomarum*[26]). Qui se pupillum falso existimans, cum esset pubes, pro herede gessit: quo minus heres existat, nihil error talis ei nocebit. Julian *libro XXXI. Digestorum*[27]): Si quis se filiumfamilias existimat, cum sit paterfamilias: poterit adquirere hereditatem. Eben so Ulpian *libro VIII. ad Sabinum*[28]): Sed et si de sua conditione quis dubitet, an filiusfamilias sit, posse eum adquirere hereditatem, iam dictum est.

parte an ex asse, et an ex institutione an ex substitutione, et an testamento, an ab intestato filius suus heres existat. Der Irrthum des Vaters macht die Handlung des Sohns wirkungslos.

25) Finestres c. l. Cap. V. §. 44.

26) *L. 96. D. de acquir. vel omitt. hered.* S. Jos. Finestres in Hermogeniani Juris Epitomar. libros VI. Commentar. ad h. L. pag. 677. sqq.

27) *L. 21. D. de condit. et demonstrat.*

28) *L. 34. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.*

Der Grund ist, weil hier der Irrthum auf das ius heredis keinen Einfluß hat. Denn einem Pupillen wird so gut die Erbschaft deferirt, als wenn er schon mündig wäre, und einem filiusfamilias so gut, als wenn er sui iuris wäre, wenn sie zu Erben eingesetzt worden sind. Mag sich also auch der Erbe deshalb in einem Irrthum befinden, non ideo *de iure suo* dubitat, wenn er nur übrigens von allen denjenigen Umständen vollständig unterrichtet ist, welche das ius delatae hereditatis erfordert. Unwissenheit oder Irrthum aller andern, darauf keinen Einfluß habenden Umstände, ist ihm unschädlich. Nun ist zwar bey einem unmündigen Erben die Auctorität des Vormunds, und bey einem filiusfamilias die Einwilligung des Vaters erforderlich. Allein dieses Erforderniß betrifft nicht das ius heredis, sondern ist darum nöthig, damit nicht in jenem Falle dem Pupillen, in diesem aber dem Vater die Erbschaftsantretung nachtheilig sey, dieß kann sie aber nicht seyn, wenn der Erbe wirklich mündig, und sui iuris ist [29]. Der Irrthum betrifft also hier, wie Pomponius in unserm Text sagt, *causam alterius*. Hieraus erklärt sich zugleich, wenn Ulpian sagt *L. 34. pr. D. de acquir. vel omitt. hereditate.* Cur autem, si suam ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest, illa ratio est, quod qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum, dubitat: qui de sua, de testamento certus est. Ist also der Erbe wegen der Testamentsfähigkeit des Erblaßers in Ungewißheit, so betrifft sein Irrthum das

29) Donellus Commentarior. de iure civili Lib. VII. Cap. 6. §. Ex hac conditione.

ius delatae hereditatis, darum kann er in dieser Ungewißheit die Erbschaft nicht antreten. Doch konnte zuweilen auch im letztern Falle, wo der Erbe de sua conditione im Irrthum sich befand, die Antretung wegen dieses Irrthums wirkungslos seyn, wenn derjenige, welcher sich aus Irrthum für einen filiusfamilias hielt, die Erbschaft auf Befehl seines Vaters antrat. Diesen Fall hat Ulpian *libro VI. ad Sabinum* [30]): Si is, qui putabat se filiumfamilias, patris iussu adierit: eum neque sibi, neque ei, qui iussit, quaesisse hereditatem constat. Natürlich müssen wir uns hier das Recht denken, was zu Ulpians Zeiten galt, wo der Grundsatz noch herrschend war, daß ein filiusfamilias nichts Eignes haben könne [31]). Hatte nun der Erbe als vermeintlicher Haussohn die Erbschaft auf Befehl seines Vaters angetreten, so wollte er ja nicht sich, sondern seinem Vater die Erbschaft erwerben, seinem Vater konnte er sie aber nicht erwerben, weil er wirklich nicht mehr in desselben Gewalt war [32]). Nach dem neuern Rechte würde der Irrthum dem Erben nicht nachtheilig seyn, wenn er auch als vermeintlicher Haussohn die Erbschaft mit Einwilligung seines Vaters angetreten hätte, weil er die Erbschaft durch die Antretung sich selbst erwirbt. War der Erbe zwar wegen seines persönlichen Rechtszustandes in Ungewißheit, er hatte aber doch die Erbschaft ohne den Befehl des Vaters angetreten, so zweifelt auch Ulpian nicht, daß er die Erbschaft gültig angetreten habe,

30) *L. 6. §. 4. D. de acquir. vel omitt. heredit.*

31) Ulpian. *Fragm. Tit.* XX. §. 10.

32) *L. 50. D. de acquir. vel amitt. possess.* Finestres Praelect. Cervar. P. II. Cap. 8. §. 10.

wie die nachfolgenden Worte des Ulpians zu erkennen geben. Nam eum, qui dubitat, utrum filiusfamilias an paterfamilias morte patris factus sit, posse adire hereditatem, magis admittit. Ulpian bezieht sich hier auf Julian, welcher in seinen Digesten behauptete, daß auch sogar in dem Falle, da der Vater den Befehl zur Antretung der Erbschaft ertheilt hat, der Sohn die Erbschaft sich erwerbe, wenn der Vater unterdessen gestorben ist, und der Sohn die Erbschaft erst nach dem Tode des Vaters angetreten hat. Es setzt dieß aber freylich voraus, daß der Sohn von dem erfolgten Tode des Vaters Wissenschaft gehabt habe, denn jetzt erst kann man annehmen, der Sohn habe nicht auf Befehl seines Vaters, sondern aus eignem Willen die Erbschaft angetreten. Diesen Willen, die Erbschaft sich zu erwerben, gab aber auch der Sohn in dem Falle zu erkennen, wenn er bey Lebzeiten des Vaters, ohne gewiß zu wissen, daß er sui iuris sey, die Erbschaft ohne Geheiß des Vaters antrat [33].

Noch ein anderes Beyspiel, wo die Unwissenheit des Erben die Handlung eines Dritten betrifft, und die Erwerbung der Erbschaft nicht hindert, wenn sie auch auf seine Erbfähigkeit Einfluß hat, giebt Paulus *Libro II. ad Plautium* [34]): De eo, qui heres institutus ab aliquo, dubitat, an libertas ei ex testamento domini obtigerit, *cum nesciat conditionem libertatis extitisse, vel hereditatem aditam*, an adeundo heres fiat videndum? Julianus hunc diceret fieri heredem. Der hier eingesetzte Erbe war eines Andern

33) *L.* 59. *D. de hered. instit.* Finestres Praelect. Cervariens. P. II. Cap. 8. §. 11.

34) *L.* 74. §. 4. *D. de acquir. vel omitt. hered.*

Sklave gewesen. Sein Herr hatte ihm aber in seinem Testamente die Freyheit gegeben. Er wußte aber nicht, daß die Bedingung der Freyheit erfüllt, oder die Erbschaft von dem Erben seines vormaligen Herrn angetreten, mithin seine Freyheit schon gegründet war. In dieser Ungewißheit über seinen Zustand tritt er dennoch die ihm aus dem Testament eines Dritten angefallene Erbschaft an. Es fragte sich also, ob er durch die Antretung Erbe geworden sey? Ueber das, was zum ius heredis in Ansehung der ihm angefallenen Erbschaft gehörte, waltete keine Ungewißheit ob; also, mit unserm Pomponius zu sprechen, *de iure suo* non ignorabat. Die Ungewißheit betraf causam et factum alterius. Diese hinderte ihn an der Antretung nicht. Mit Recht sagte daher Julian, er sey Erbe geworden [35]). So, dünkt mir, ist Pomponius im Zusammenhange mit den übrigen aus *libro III. ad Sabinum* entnommenen Stellen, und in Verbindung mit den angeführten Stellen aus Ulpian und Paulus zu erklären. Cujaz [36]) erklärt unser Fragment von der ignorantia facti, welche von zweyerley Art ist, alieni und proprii. Er findet darin den Unterschied, daß eine ignorantia facti alieni eher zu entschuldigen sey, als eine ignorantia facti proprii. Von letzter versteht er die Worte, *de iure suo ignorat*. Z. B. es weiß Jemand nicht, daß er emancipirt sey. Allein so wie die Manumission, wenn sie im Testament geschehen ist, wie im Falle

35) S. Westphal's syst. Commentar. über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft. §. 187.

36) Commentar. in hunc Tit. ad L. nostr. 3. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 930.

der L. 94. §. 4. D. de acquir. vel omitt. heredit. dem Manumittirten wohl unbekannt seyn kann, und diese Unwissenheit unstreitig eine ignorantia facti alieni ist, so kann es auch die Emancipation seyn, wenn sie in der Abwesenheit des Haussohns durch Rescript geschehen war, welches man die Anastasianische nennt, weil bey derselben die Einwilligung des Sohns nicht ante preces oblatas nöthig war, sondern auch noch nachher, auch vor einem andern Richter, als bey welchem das Rescript ist insinuirt worden, erklärt werden konnte [37]). Da jedoch der ursprüngliche Sinn eines Fragments in den Pandecten nicht immer mit dem Sinne übereinstimmt, den die Verfasser der Pandecten demselben in seiner gegenwärtigen Stellung untergelegt haben, wie ich schon bey einer andern Gelegenheit [38]) bemerkt habe; so kann allerdings das Fragment des Pomponius von der zweyfachen ignorantia facti mit Cujaz, mit dem auch Voet [39]) übereinstimmt, erklärt werden, und dann hat es wohl keinen Zweifel, daß eine ignorantia facti proprii nicht so leicht Entschuldigung verdient, weil ein Jeder gewiß wissen muß, was er gethan oder nicht gethan hat. Sie ist daher gewöhnlich selbst verschuldet, und verräth entweder die äußerste Gedankenlosigkeit und Zerstreuung bey seinen Handlungen, oder ist Betrug und Affectation, und in der Regel nicht zu vermuthen [40]). Es kann indessen Fälle geben, wo die

37) *L. 5. Cod. de emancipat.* S. den 2. Th. dieses Commentars §. 169.

38) S. den 1. Th. dieses Commentars. §. 35. S. 231. Not. 38.

39) Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.

40) *L. 6. et 7. D. ad SCtum Vellejan.*

Unwissenheit eigener Handlungen zur Entschuldigung gereicht, wenn damit keine grobe Nachlässigkeit verbunden, vielmehr solche durch wahrscheinliche Gründe unterstützt ist[41]. Dahin gehört, wenn natürliche Schwäche des Gedächtnisses, hohes Alter, oder Krankheit und erlittener Unfall, wodurch man sein Gedächtniß verloren hat, oder wenn eine lange Reihe von Jahren, seit denen etwas geschehen ist[42], Ursache sind, daß man sich seiner eignen Handlung nicht mehr erinnern kann, besonders wenn dabey eben keine merkwürdige, einen bleibenden Eindruck machende Umstände vorgefallen seyn sollten[43]. Ueberhaupt aber ist die ignorantia facti proprii auch denn immer unschädlich, wenn es dem Verlust von Besitz und Eigenthum gilt, so lang noch kein Dritter Besitz ergriffen und die Sache usucapirt hat[44]; oder wenn ein Anderer sich auf eine widerrechtliche Art mit dem Schaden des Irrenden zu bereichern sucht, in welchem Falle dem Irrenden die condictio indebiti gestattet wird. Ein Beyspiel giebt Pomponius *libro II. ad Sabinum*[45]: Sed et si me putem Tibi aut Titio promisisse, cum aut neutrum factum sit,

41) *Christ. Lud.* Crell Diss. de ignorantia facti proprii interdum innocua. *Vitemb.* 1741. und Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bemerk. 70.

42) Z. B. es ist schon vor zehen oder mehreren Jahren geschehen. Crell cit. Diss. §. 8.

43) Arg. *Cap.* 32. *X. de sentent. excommunicat.*

44) *L.* 15. §. 2. *D. de contrah. emt. L.* 44. *pr. D. de acquir. vel omitt. poss. L.* 35. *D. de acquir. rer. dom.* Voet h. t. §. 7.

45) *L.* 22. *D. de condict. indeb.*

aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit, et Titio solvero, repetere a Titio potero.

Auf gleiche Weise entschuldiget auch nicht immer die Unwissenheit fremder Handlungen, wenn von solchen Thatsachen die Rede ist, die man wissen konnte und mußte, mithin dem Unwissenden leichtsinnige Unachtsamkeit zur Last fällt. Pomponius fügt daher in unserm Fragment noch die allgemeine Bemerkung hinzu: ignorantiam ita accipiendam *non deperditi et nimium securi hominis*. Daß diese Worte blos auf den factischen Irrthum zu beziehen sind, lehren die Basiliken [46]), welche gerade nur diese letzten Worte unsers Fragments beybehalten haben: *Τὴν τοῦ φάκτου ἄγνοιαν, τοῦ ἀπολλυμένου, καὶ τοῦ λίαν ἀμελοῦς, οὐ προσδεχόμεθα.* Eben so wenig ist auch wohl einigem Zweifel unterworfen, daß die angeführten Worte auf jede factische Unwissenheit gehen, sie sey eine Unwissenheit eigener oder fremder Handlungen [47]). Auch erstere wird verziehen, wenn sie auf wahrscheinlichen Gründen beruht [48]), so wie letztere dagegen zur Schuld gerechnet wird, wenn sie eine ganz unverzeihliche Sorglosigkeit verräth [49]). Denn da in diesem Titel von den rechtlichen Folgen des factischen und Rechtsirrthums nur in Beziehung auf solche Nachtheile gehandelt wird, welche den

46) Tom. I. pag. 95.

47) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

48) Werden solche wahrscheinliche Gründe bescheiniget, so kann auf den Erfüllungseid erkannt werden. S. Carll Diss. cit. §. 11.

49) Cujacius Comm. ad h. L. nostr. Tom. IV. P. I. *Oper.* pag. 934.

Irrenden unmittelbar treffen würden, nicht aber in sofern von der Verbindlichkeit, den einem Andern verursachten Schaden zu erstatten, die Rede ist. So wird hier dem Irrenden nur ein so hoher Grad der Unachtsamkeit zur Last gelegt, wie sie nicht leicht bey einem Menschen, der auch nur mittelmäßige Aufmerksamkeit auf seine Angelegenheiten zu verwenden pflegt, angetroffen werden dürfte [50]). Eine solche sorglose Vergessenheit, und träge Unachtsamkeit, die sich um gar nichts bekümmert, und daher da, wo das Wissen überhaupt Pflicht ist, rechtlich nicht berücksichtiget werden kann, verräth unstreitig der error facti proprii, in sofern er durch keine wahrscheinliche Gründe unterstützt ist, weil billig von Jedem Bekanntschaft mit seinen eigenen Angelegenheiten erwartet wird. Und so verzeihlich auch das Nichtwissen fremder Handlungen ist [51]); so wird doch auch bey der ignorantia facti alieni vorausgesetzt, daß ihr keine grobe Nachlässigkeit zum Vorwurf gereiche [52]). Eine solche Nachlässigkeit würde, wie sie Paulus [53]) sehr treffend schildert, das Nichtwissen desjenigen seyn, was alle wissen, und dieses gränzt beynahe an den Dolus [54]).

L. 4. IDEM (POMPONIUS) *Libro III. ad Sabinum.*

50) Mühlenbruch angef. Abh. §. 4.

51) *L. ult. §. 1. in fin. D. pro suo. L. 42. D. de div. reg. iuris.*

52) *L. 3. pr. D. de SCto Macedon. L. 15. §. 1. D. de contrah. empt. L. 55. D. de aedilit. Edicto. L. 1. §. 17. D. de separationib.*

53) *L. 9. §. 2. D. h. t.*

54) *L. 32. D. Depositi.*

Iuris ignorantiam [55]) in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat.

Pomponius zeigt hier die Verschiedenheit des factischen und Rechtsirrthums in Beziehung auf Usucapion. Der gute Glaube des Besitzers einer fremden Sache, der sich aus irgend einem juristischen Grunde für den Eigenthümer hält, diese bekanntlich wesentliche Bedingung der Usucapion, beruhet, nach seiner innern Natur, d. h. nach den Eigenschaften, die zur Begründung seines Daseyns in der Gesinnung des Besitzers gefordert werden, unstreitig auf einer unrichtigen Vorstellung von der Beschaffenheit seiner Lage, die er sich vortheilhafter denkt, als sie wirklich ist. Dieser Irrthum, in welchem sich der redliche Besitzer bey der Usucapion befindet, kann nun entweder auf einer Unbekanntschaft mit Rechtsgrundsätzen beruhen (error iuris), oder er kann Thatumstände betreffen, die mit dem Rechte in Beziehung stehen (error facti). Jener kommt dem Besitzer zur Begründung einer Usucapion nie zu Statten. Dieß lehrt auch Paulus *libro XXXII. ad Sabinum* [56]), wo er sagt: Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest. Paulus führt dabey aus Proculus ein Beyspiel an, wenn man bey Schließung eines Rechtsgeschäfts mit einem Pupillen aus Irrthum nur beym Anfange desselben, ehe es noch zur Reife gediehen war, den Tutor zuzog, oder erst lange nachher seine Einwilligung nachbrachte: hier findet keine Usucapion Statt, *quia iuris error est.* Noch ein ähnliches Beyspiel führt

55) *Cod. Erlang.* ignorantia. Eben so Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin und Baudoza.

56) *L. 31. pr. D. de usurpat. et usucap.*

Paulus *libro LIV. ad Edictum* [57]) an, wenn Jemand von einem Pupillen Etwas kauft, ohne alle Auctorität seines Tutors, weil ihm dieses gesetzliche Erforderniß unbekannt ist, nicht aber weil er glaubt, daß sein Verkäufer mündig sey, und nicht mehr unter der Vormundschaft stehe, der kann die Sache nicht usucapiren, wenn dem Pupillen selbst das Eigenthum daran nicht zustand. Er führt den nämlichen Grund an: *quia iuris error nulli prodest*, d. h. weil der Rechtsirrthum nicht zur Entschuldigung gereicht, wenn es um Erlangung eines Rechts oder Vortheils zu thun ist. Pomponius hingegen macht keine richtige Anwendung von dem hier vorgetragenen Rechtsgrundsatz, wenn er denselben *libro XXXII. ad Sabinum* [58]) zu einem Entscheidungsgrunde gebraucht, wo dieser vielmehr in dem Mangel eines wesentlichen Usucapionserfordernisses liegt. Si quis id, quod possidet, sagt er, non putat, sibi per leges licere usucapere: dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem: vel quia non bona fide videatur possidere, vel *quia in iure erranti non procedat usucapio.* Der Besitzer, welcher in der Meinung steht, als ob er aus dem Grunde eines gesetzlichen Verbots nicht usucapiren könne, ist zwar allerdings in einem Rechtsirrthum befangen, indem er ein gesetzliches Usucapionsverbot voraussetzt, wo es nicht vorhanden ist; allein der Hauptgrund, warum er nicht usucapiren kann, liegt vielmehr darin, weil er nicht in gutem Glauben ist, indem er sich nicht bestimmt für den Eigenthümer hält, sondern vielmehr seine Lage für eine solche ansieht, worin er der Usucapion

57) *L. 2. §. 15. D. pro emtore.*

58) *L. 32. §. 1. D. de Usurpat. et usurpat.*

bedürfe. Befindet sich blos der Veräusserer einer fremden Sache in einem Rechtsirrthume, der Erwerber aber nicht; so wird dadurch die Usucapion nicht gehindert. Z. B. der Usufructuar hat sich das Sklavenkind zugeeignet, welches von der ancilla usufructuaria geboren worden ist, weil er meinte, es gehöre zum fructus, wie die Jungen der Thiere [59]. Eine solche Zueignung kann nicht als eine Entwendung angesehen werden, weil der Rechtsirrthum die Absicht der Veruntreuung ausschließt [60]. Hat er also das Sklavenkind verkauft oder verschenkt, so kann es der Dritte usucapiren [61].

Beruht hingegen der Irrthum des redlichen Besitzers auf einer Unbekanntschaft solcher Thatumstände, die auf das Recht Beziehung haben, so überhebt ihn der gute Glaube nicht blos der Nachtheile seines Zustandes, sondern gewährt ihm auch das Recht der Usucapion, ja sogar die Vortheile des wahren Eigenthümers, so lange sich dieser nicht gemeldet hat, und ihm sonst nicht die Gesetze entgegenstehen [62]. Ein solcher factischer Irrthum, welcher bey

59) *L.* 36. *D. de usurpat. et usucap.* CAJUS *lib. II. Rerum quotidianar.* Potest pluribus modis accidere ut quis rem alienam aliquo errore deceptus tanquam suam vendat forte aut donet, et ob id a bonae fidei possessore res usucapi possit. Veluti — si is, ad quem ususfructus ancillae pertinet, partum eius existimans suum esse, quia et foetus pecudum ad fructuarium pertinet, alienaverit.

60) *L.* 37. *pr. D. eodem.*

61) §. 5. *I. de Usucap.*

62) *L.* 136. *D. de Reg. iur.* PAULUS *libro XVIII. ad Edictum.* Bona fides tantundem possidenti praestat,

der Usucapion dem Besitzer als guter Glaube angerechnet wird, kann sich a) auf das Verhältniß des Auctors zur Sache beziehen. Dahin gehört, wenn er seinen Auctor für den Eigenthümer, oder sonst für eine zur Veräußerung berechtigte Person, z. B. für den Tutor oder Procurator des Eigenthümers hielt [63]; oder wenn er nicht wußte, daß derjenige, mit welchem er sich in das Geschäft einließ, noch Pupill sey, und deswegen ohne Beystand des Tutors das Geschäft mit ihm schloß [64]; oder

quantum veritas, quotiens lex impedimento non est. Zur Erläuterung dieser Regel dienen, §. 35. *I. de rer. divis. L.* 11. *et* 28. *D. de noxal. act. L.* 48. *pr. D. de acquir. rer. domino.* Beyspiele der beygefügten Limitation enthalten *L.* 1. §. 1. *et* 2. *D. de SCt. Silan. L.* 1. §. 1. *D. de servo corrupto. L.* 2. §. 1. *D. de religiosis. L.* 13. §. 9. *D. de damno infecto. L.* 24. *D. de Usucap.* §. 2. *et* 3. *I. de Usucap.* S. *Jac.* Gothofredi Commentar. in Tit. Pand. de reg. iur. ad L. 136. D. de reg. iur.

63) *L.* 109. *D. de Verbor. Signif.*

64) *L.* 2. §. 15. *D. pro emtore.* Paulus *libro LIV. ad Edictum.* Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus, usucapionem sequi, *ut hic plus sit in re, quam in existimatione.* Die letzteren Worte enthalten nur dadurch einen vernünftigen Sinn, wenn sie von einem solchen Falle verstanden werden, da von dem Pupillen eine ihm nicht gehörige Sache veräussert worden ist, weil Sachen eines Pupillen, wie hier Paulus als ganz bekannt voraussetzte, kein Gegenstand der Usucapion seyn können. Da also die Sache in der That kein Pupillengut war, welche der Käufer gleichwohl für das Eigenthum des Verkäufers hielt, so konnte sein Irrthum den guten Glauben aller-

wenn er seinen Auctor für einen vernünftigen Menschen hielt, der doch des Vernunftgebrauchs beraubt war[65]; oder wenn er nicht wußte, daß seinem Auctor die Veräußerung aus einem besondern Grunde von dem Richter untersagt war, dem er gleichwohl das Veräußerungsrecht zutrauete[66]. Der Irrthum kann sich b) auf den Titel des Besitzers beziehen. Ein solcher Irrthum kann vorkommen, wenn der Besitzer einen andern Titel zu haben glaubt, als aus welchem er wirklich besitzt[67]; oder wenn er aus einem hinlänglichen Grunde einen gerechten Titel zu haben glaubt, obgleich kein wirklicher Titel vorhanden ist[68]; oder wenn er aus einem gerechten Titel zu be-

dings begründen. Cujacius Observat. L. XXIV. c. 14. Unterholzner's Lehre von der Verjährung. §. 20. Nr. 2. S. 152. f.

65) *L.* 2. §. 16. *D. pro emtore.* Die Usucapion ist aber hier keine pro emtore, sondern pro suo. S. Unterholzner §. 27. Not. g. S. 200.

66) Ein Anders ist es, wenn er von einem gerichtlich erklärten Verschwender, oder von dem, welchem als einen suspectus heres die Veräußerung erbschaftlicher Sachen untersagt war, wissentlich kaufte. *L.* 12. *D. de usurpat. et usucap.* *L.* 7. §. 5. *D. pro emtore.* *L.* 26. *D. de contrah. emt.*

67) *L.* 31. §. 6. *D. de usurpat.* Paulus *libro XXXII. ad Edictum.* Si defunctus emit, heres autem putat, eum ex donationis causa possedisse, usu eum capturum, Julianus ait.

68) *L.* 5. §. 1. *D. Pro suo.* Neratius *libro V. Membranarum.* Si id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio: quod tamen ita interpretandum est, ut proba-

ſitzen glaubt, während des Geſchäft, wodurch er die Sache an ſich brachte, ungültig iſt, vorausgeſetzt, daß dieſer Irrthum durch factiſche Vorausſetzungen herbeygeführt ward, z. B. wenn man von einem Wahnſinnigen, den man für mächtig des Vernunftgebrauchs hielt, eine Sache kaufte [69]. Der factiſche Irrthum des Beſitzers kann ſich endlich c) auch auf das Daſeyn eines Uſucapionshinderniſſes beziehen. Hier kommt es darauf an, ob der Irrthum ein ſolches Hinderniß betrifft, welches vermöge einer allgemeinen geſetzlichen Prohibition der Uſucapion entgegenſteht, oder nicht, ſondern der Beſitzer glaubt nur irrigerweiſe an das Fortbeſtehen eines ſpeciellen Verhältniſſes, welches die Uſucapion nicht für immer, ſondern nur für jetzt hindern würde. In dem erſten Fall kann dem Beſitzer ſein Irrthum nicht als guter Glaube angerechnet werden [70]; es wird ſogar die irrige Vorausſetzung eines ſolchen Hinder-

bilis error possidentis usucapioni non obstet, velut si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem: *quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.* — *L.* 11. *pr. D. pro emtore.* Africanus, *libro VII. Quaestionum.* Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse *pro emtore* usucapere; hactenus verum esse ait, *si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat:* nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit: magis esse, ut usucapio sequatur.

69) *L.* 2. §. 16. *D. pro emtore.*

70) *L.* 24. *pr. D. de Usurpat.* Pomponius *lib. XXIV. ad Q. Mucium.* Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest.

nisses, da wo es sich wirklich nicht vorfindet, als böser Glaube angesehen [71]). In dem letzten Falle hingegen wird der gute Glaube durch einen solchen Irrthum nicht gefährdet. Es kann daher Usucapion ohne Zweifel Statt finden, wenn der Besitzer, der das Geschäft unter einer Suspensiv-Bedingung schloß, nach der Tradition die schon eingetretene Bedingung für noch nicht eingetreten hält [72]).

So wie nun der Rechtsirrthum wegen der vorausgesetzten Möglichkeit der nöthigen Rechtsbelehrung in der Regel keine Rechtsvortheile gewährt; so wird dagegen auch bey dem factischen Irrthume vorausgesetzt, daß wenn er dem Besitzer zur Begründung einer Usucapion als guter Glaube soll angerechnet werden können, derselbe keinen besondern Grad von Nachlässigkeit verrathen dürfe [73]). Er

71) *L.* 32. §. 1. *D. eodem.*

72) *L.* 2. §. 2. *D. pro emtore.* PAULUS *libro LIV. ad Edictum.* Si *sub conditione* emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit. Idemque est, et si putet, conditionem extitisse, quae nondum extitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. *Contra si extitit, et ignoret, potest dici secundum* SABINUM, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, *usucapere eum.* S. *Car. Aug.* MOELLENTHIEL Ueber die Natur des guten Glaubens bey der Verjährung. *Erlangen* 1820. 8. §. 9.

73) DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. I. cap. 20. §. *Non tamen.* Sic et in usucapione volumus procedere usucapionem ei, qui a pupillo emit sine tutoris auctoritate, si puberem putavit in facto errans. *L.* 2. §. 15. *D. pro emtore.* Hoc ita erit, *nisi supina ignorantia ei obiiciatur*, quod cum vel ab ipso, vel a vicinis et

darf mithin keine solche Thatsache betreffen, die als allgemein bekannt billig vorausgesetzt werden kann, oder welche den Besitzer selbst angeht, weil eine ignorantia facti proprii in der Regel Niemanden zur Entschuldigung gereicht [74]).

L. 5. Terentius Clemens *Libro II. ad Legem Juliam et Papiam* [75]).

Iniquissimum videtur, cuiquam scientiam alterius quam suam nocere: vel ignorantiam alterius alii profuturam [76]).

Terentius Clemens, welcher unter den Kaisern Hadrian und Antoninus Pius einen Commentar in

propinquis de aetate eius cognoscere potuisset, non inquisiit, et se in eo errare passus est.

74) *L.* 7. §. 2. *D. Pro emtore.* In dieser Stelle ist die florentinische Leseart: *nihilominus* servum diutina possessione capere dem offenbaren Sinne der Worte zuwider. Richtiger lesen Haloander, Miräus, Chevallon, Merlin und Baudoza nihilo magis. Letzterer bemerkt jedoch, daß wenn man das *nihilominus* durch nullo modo erkläre, wie es auch in der *L.* 13. §. 11. *Cod. de iudiciis* gebraucht werde, die florentinische Leseart beybehalten werde könne. S. Unterholzner Lehre von der Verjährung. §. 26. not. k. pag. 180. und Möllenthiel Ueber die Natur des gut. Glaubens §. 9. not. 100.

75) Im Cod. Erlang. folgt dieses Fragment erst nach L. 6. und hat die Inscription *Idem.* Die voranstehende L. 6. aber hat die ganz unrichtige Inscription *Herennius Clemens.* Chevallon hat statt *Terentius Clemens* die eben so unrichtige Inscription *Neratius.*

76) Haloander lieset hier: vel ignorantiam alterius prodesse. Bey Miräus fehlt alterius.

20. Büchern über die Lex Iulia et Papia Poppaea schrieb, handelte im zweyten Buche desselben, aus welchem unser Fragment genommen ist, von den Strafen der gegen das Verbot dieses Gesetzes eingegangenen Ehen, z. B. wenn ein Senator eine libertina geheyrathet hatte [77]. Das Kapitel, welches Clemens in dem zweyten Buche seines Commentars erklärte, lautete, wie solches Heineccius [78]) wieder hergestellet hat, folgendermassen: *Si qui scientes*, DOLO MALO, *adversus hanc legem coierint: nec vir, nec uxor, nec socer socrusve, nec gener nurusve intelliguntor: liberi quaesiti nativé legititimi et sui heredes ne sunto, neve parentibus prosunto: neve hereditatem, quae eis lege obvenerit, legatumve ipsi conjuges, neque inter se quidquam capiunto: mortuaque muliere dos caduca esto* [79]). Da das Gesetz, wenn die hier bestimmten Strafen Statt haben sollen, von beyden Seiten Bewustseyn der Gesetzwidrigkeit der eingegangenen Ehe voraussetzt; so konnte allerdings die Frage entstehen, ob, wenn nur einer von beyden Ehegatten dieses Bewustseyn hatte, der andere aber die Ehe in dem guten Glauben ihrer Gesetzmäßigkeit geschlossen hat, die Wissenschaft des Einen dem Andern schade, oder nicht vielmehr

77) Das Eheverbot der Lex Julia et Papia Poppaea wird aus PAULI *libro I. ad Leg. Juliam et Papiam* in der *L. 44. pr. D. de ritu nuptiar.* wörtlich angeführt.

78) Ad Legem Juliam et Pap. Poppaeam Commentar. Lib. II. cap. 6. §. 1. pag. 188.

79) *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. V, cap. 11. bemerkt, daß die Pönal-Sanction des §. 12. *I. de nupt.* größtentheils aus der Lex Papia Poppaea genommen sey.

die Unwissenheit des Einem auch dem Andern zu statten komme? Diese Frage entscheidet nun hier Terentius Clemens dahin, daß es höchst unbillig seyn würde, wenn die Wissenschaft des Einen dem andern Nichtwissenden schaden [80]), oder die Unwissenheit des Einem dem andern Wissenden zum Vortheil gereichen sollte. Man setze also, ein Senator habe eine libertina geheyrathet, welche er aus Irrthum für eine freygeborne Römische Bürgerin hielt. Hier war er zwar wegen seines Irrthums von der Strafe des Gesetzes frey, und durch den Beweis des Irrthums (causae probatio) ward die Ehe seiner Seits ein connubium, er hatte auch die väterliche Gewalt über die in dieser Ehe erzeugten Kinder [81]); allein seine Unwissenheit konnte der Frau, die ihren Zustand besser kannte, und

80) *Franc.* Ramos del Manzano ad Leges Juliam et Papiam Commentar. Lib. II. cap. 10. nr. 2. (in Meermanni *Thes. nov. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 150.) bemerkt hier, daß die Worte *scientiam alterius, quam suam*, einen den Röm. Rechtsgelehrten sehr gewöhnlichen Hellenismus enthalten, indem hier das Wort potius oder magis zu ergänzen sey, nämlich so: scientiam alterius *potius* quam suam. *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. IV. cap. 8. führt eine Menge Beyspiele an.

81) Ulpianus *Fragm. Tit. VII.* §. 4. In potestate parentum sunt etiam hi liberi, quorum causa probata est per errorem contracto matrimonio inter dispares conditione personas. Gajus handelt hiervon sehr ausführlich in den neu aufgefundenen Institutionen (Gaji *Institutionum* Commentarii IV. e codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis nunc primum editi. *Berolini* 1820. 8.) Lib. I. §. 66. sqq. in Beziehung auf die Lex Aelia Sentia. Man sehe auch Eduard Gans Scholien zum Gajus. Berlin 1821. S. 109. ff.

ihren Mann getäuscht hatte, die Rechte einer rechtmäßigen Ehefrau nicht verschaffen, noch sie von der Strafe des Gesetzes befreien [82]). Ganz diesem Grundsatz gemäß, rescribirte daher der Kaiser Antoninus Pius nach dem Zeugniß Marcians [83]): Si libertina Senatorem deceperit, quasi ingenua, et ei nupta sit, ad exemplum praetoris Edicti, dandam in eam actionem, quia ex dote nullum lucrum habeat, quae nulla est.

Die Aufnahme der Regel des Terentius Clemens in diesem Titel beweißt jedoch, daß ihre Anwendbarkeit von größerem Umfange sey, als daß sie mit Osius Aurelius [84]) blos auf die Lex Iulia et Papia Poppaea zu beschränken sey. Dieses beweisen auch die Beyspiele, wo von der Regel unsers Terentius Clemens Gebrauch gemacht wird. So verordnet z. B. der Prätor in seinem Edict [85]): Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occisus esse dicetur, id ne quis *sciens dolo malo* aperiendum, recitandum describendumque curet, priusquam de ea familia quaestio ex Senatusconsulto habita, suppliciumque de noxiis sumptum fuerit. Hat nun einer unter mehreren Miterben ohne Wissen und Willen der übrigen gegen diese Vorschrift gehandelt, so kann dessen Schuld,

82) S. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 1. §. 5. pag. 117. et Lib. II. cap. 6. §. 2. pag. 189.

83) *L.* 58. *D. de ritu nuptiar.*

84) De variantib. Cujacii interpretationib. in libris Digestor. Dispunctiones. Disp. XLIII. (*in Thes. iuris Rom. Ottonian.* Tom. III. pag. 797.)

85) *L.* 3. §. 18. *D. de SCto Silaniano.*

den Unwissenden, die dabey außer Schuld sind, so wenig zum Nachtheil gereichen, als deren Unschuld dem Schuldigen zu statten kommen kann. Der Fiscus wird daher den Erbtheil des Schuldigen einziehen, während die übrigen ihre Erbantheile erhalten [86]). Ferner wenn der Vater weiß, daß seinem Sohne die bonorum possessio deferirt sey, der Sohn selbst aber weiß es nicht, so schadet die Wissenschaft des Vaters dem unwissenden Sohne nicht [87]). Dem Vater wird zwar die Bittfrist verrinnen, aber nicht dem Sohne, welches in dem Falle in Betrachtung kommt, da der Vater die bonorum possessionem für sich suchen kann, z. B. weil der Sohn noch infans ist [88]). Wenn hingegen der Vater abwesend ist, und der Sohn, der allein wußte, daß ihm die bonorum possessio deferirt sey, unterließ, den Vater davon zu benachrichtigen, so wird er nachher, wenn die Zeit abgelaufen ist, den Vater vergeblich um seine Genehmigung wegen der geschehenen Agnition bitten [89]). Die Unwissenheit des Vaters kann hier dem Sohn nicht zu statten kommen. Der Sohn ist hier die Hauptperson, ihm wird die bonorum possessio deferirt. Der Hauptperson kann keines Andern Wissenschaft schaden, aber auch keines Andern Unwissenheit zum Vortheil ge-

86) *L. ult. D. eodem.*

87) *L. 3. D. Quis ordo in possession. servet.* Paulus *libro XLIV. ad Edictum.* Circa tempora bonorum possessionis patris scientia ignoranti filio non nocet.

88) *L. 7. §. 1. et 2. D. de bonor. possess.* Ulpianus *libro I. ad Sabinum.* — Tutor pupillo, et pater infanti filio bonorum possessionem petere possunt. Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet.

89) *L. 5. pr. et §. 1. D. Quis ordo in possession.*

reichen. Noch ein Beyspiel giebt Ulpian *libro 55. ad Edictum* [90]). Der Prätor gab bekanntlich eine actio in duplum gegen einen freien Menschen, der sich betrügerisch als Sklaven hatte verkaufen lassen [91]), wenn der Käufer nicht darum wußte. Hatten nun mehrere gekauft, und der Eine hat es gewußt, daß der Gekaufte ein freier Mensch sey, der Andere nicht, so konnte nur der letzte die actio in factum anstellen, der erste nicht; *nec alterius scientia alteri nocebit, vel ignorantia proderit.* Ich übergehe andere Beyspiele, dergleichen Franz Ramos del Manzano [92]) noch mehrere angeführt hat, und bemerke nur noch, daß den Erben ihre eigene Wissenschaft nicht schadet, so wie ihnen aber auch ihre Unwissenheit nichts hilft, es kommt also hier blos auf das Wissen oder Nichtwissen des Erblaßers an [93]). In wiefern die Wissenschaft oder Unwissenheit des Stellvertreters demjenigen schade oder nütze, für welchen er handelt, entscheidet Ulpian *libro VI. Fideicommissorum* [94]). Si servus, cum emerit, scit, ignoravit autem dominus, vel contra; videndum est, cuius potius spectanda sit scientia? Et magis est, *ut scientia inspicienda sit eius, qui comparavit, non eius, cui adquiretur:* et ideo poena litigiosi competit; sic tamen, si non mandatu do-

90) *L. 22. §. 2. D. de liberali causa.*

91) *L. 14. L. 18. L. 19. L. 20. L. 21. D. eodem. Ge.* D'Arnaud Diss. de his, qui pretii participandi causa sese venumdari patiuntur. Cap. 2.

92) Cit. loc. Cap. 10. et Cap. 11. Man sehe auch Cujacii Commentar. in h. Tit. Pand. ad L. 5.

93) *L. 22. §. 4. D. de liberali causa.*

94) *L. 2. D. de litigiosis.*

mini emit: nam si mandatu, etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet; et ita JULIANUS in re litigiosa scribit. Ich habe davon schon an einem andern Orte [95]) gehandelt.

Die Scholien der Basiliken [96]) enthalten übrigens zur Erläuterung unsers Fragments wenig. Sie führen folgendes Beyspiel an. Ἀποθανών τις ἔλιπε δύο ἀδελφούς, ὁ μὲν ἔμαθε τόν ἀυτοῦ θάνατον, ὁ δὲ ὀυκ ἔμαθεν· ἀπελιμπάνετο γάρ· ἡ τοῦ ἑνὸς τόινον ἔιδησις τὸν ἄλλον ὀυ βλάπτει· κὰι ἡ τοῦ ἑτέρου ἄγνοια τὸν ἕτερον ὀυκ ὠφελεῖ. i. e. *Quidam decedens duos fratres reliquit: et alter quidem mortem illius scivit, alter ignoravit, namque aberat. Alterius igitur scientia alteri non nocet, et alterius ignorantia alteri non prodest.*

L. 6. ULPIANUS [97]) *Libro octavo decimo ad Legem Juliam et Papiam.*

Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis: ut [98]) nec scrupulosa inquisitio exi-

95) S. den 20. Th. dieses Commentars. §. 1168. S. 51. ff.

96) Tom. I. pag. 99. Schol. f.

97) Cod. Erl. hat hier die offenbar unrichtige Inscription *Herennius Clemens.*

98) Das ut ist in der Russardischen und Charondaischen Ausgabe durch folgende Einschließung ‖ut‖ verdächtig gemacht. Miräus, Merlin und die Pariser Prachtausgabe von 1576. f. haben es ohne Auszeichnung. Hingegen fehlt es ganz bey Haloander, Chevallon, und Baudoza. Auch *Cod. Erlang.* hat das ut nicht.

genda. Scientia enim hoc modo aestimanda [99]) est, ut neque neglegentia [100]) crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur [1]).

Auch Ulpian hatte hier, wie Pomponius in dem vorigen Fragment, die *Lex Julia et Papia Poppaea* vor Augen, worüber er commentirte, vielleicht auch, wie Donellus [2]) dafür hält, das nämliche Kapitel, welches von den Strafen gesetzwidriger Ehen handelte, obwohl Franz Ramos del Manzano [3]) es nach der Ordnung der Bücher und den Worten des Textes für wahrscheinlicher hält, daß unser Fragment zu denjenigen Kapiteln der Lex Iulia et Papia gehöre, welche *de poenis caelibum et orborum* gehandelt haben. Denn daß Ulpian *libro XXIII. ad Legem Juliam et Papiam* davon gesprochen habe, sey aus der Vergleichung anderer aus demselben Buche entlehnten Fragmenten [4]) zu schließen. Es kann

99) Cod. Erl. *extimanda.*

100) Ausser der Florentine, lesen alle übrige Ausgaben, auch Cod. Erlang. *negligentia.*

1) Basilica Tom. I. Lib. II. Tit. 4. Const. 6. Ἐπὶ τῆς ἀγνοίας τοῦ φάκτου ὄυτε τὴν ἄγαν ἀκρίβειαν καὶ ἐπιμέλειαν ἀπαιτουμεν, ὄυτέ τὴν μεγάλην ῥαθυμίαν προσδεχομεθα.

2) Commentarior. de iure civ. Lib. I. Cap. 20. §. Non tamen. Eben dieser Meinung ist auch Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam Commentar. Lib. II. cap. 6. §. 2.

3) Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. II. cap. 11. nr. 8. (*Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 155.)

4) *L.* 83. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* *L.* 16. *D. de iure fisci.*

uns jedoch jetzt sehr gleichgültig seyn, bey welcher Gelegenheit Ulpian diesen Satz ausgesprochen, genug jetzt gilt er als ein allgemeiner Rechtssatz für den factischen Irrthum. Soll also dieser Berücksichtigung verdienen, so darf er keine grobe Nachlässigkeit, noch sorglose Vergessenheit zum Grunde haben. Daß der Irrthum durch sorgfältiges Nachforschen hätte vermieden werden können, wird nicht erfordert. Nur dann fällt er dem Irrenden zur Last, wenn es ihm leicht möglich war, sich eine richtige Kenntniß von dem zu verschaffen, was er nicht wußte, aber doch wissen konnte und mußte. So wenig also die Gesetze grobe Sorglosigkeit und Unwissenheit dessen verzeihen, was alle wissen; eben so wenig erfordern sie eine mühsame Nachforschung (scrupulosa inquisitio). Wenn in unserm Fragment noch der Ausdruck gebraucht wird: delatoria curiositas, so bezieht sich dieses auf das Ausspüren der Römischen Delatoren. Es gab deren zweyerley Arten. Einige spürten Entdeckung begangener Verbrechen aus, um der Belohnung der Ankläger theilhaftig zu werden; andere spürten caduca aus, um sie dem Fiscus anzuzeigen [5]). Da beyde sich den vierten Theil, jene von den confiscirten, letztere von den als Caduc angezeigten Gütern versprechen konnten, wovon sie den Namen der Quadruplatorum erhielten, so wandten sie freylich alle Sorgfalt auf die Entdeckung. Daher nennt Ulpian die möglichste Anstrengung etwas auszuspüren, und hinter die Wahrheit zu kommen, delatoria curiositas [6]).

5) S. *Jo. Aug.* Bach D. Trajanus. s. de Legg. Trajani Imp. Commentar. *Lipsiae* 1747. pag. 77. sqq. und Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Commentar. Lib. III. cap. 10.

6) Die Glosse sagt: *Delatoria*, id est, ea maxima dili-

Zuweilen machen mir aber doch die Gesetze eine sorgfältige Nachforschung zur Pflicht, wenn ich nicht in Schaden gerathen will. Z. B. bey der actio de in rem verso [7]), wie schon an einem andern Orte [8]) vorgekommen ist. So verbinden ferner die Gesetze den Kläger zur fleißigen Erforschung der Wahrheit, ehe er noch den Proceß anfängt, sofern ihm die Beweisführung obliegt [9]).

Uebrigens gilt Ulpians Regel für factische Unwissenheit sowohl bey Uebertretung von Strafgesetzen als in der bürgerlichen Rechtssphäre [10]).

L. 7. Papinianus *Libro nonodecimo Quaestionum.*

gentia, quam hi habent, qui solliciti sunt semper inquirere de bonis vacantibus, ut ea possint deferre in fiscum.

7) *L.* 3. §. 9. *D. de in rem verso.*

8) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 916. S. 415.

9) *L.* 42. *D. de reg. iur.* Qui in alterius locum succedunt, iustam habent causam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur. Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur: non etiam, si agat: *nam plane, qui agit, certus esse debet:* cum sit in potestate eius, quando velit experiri, *et ante debet rem diligenter explorare*, et tunc ad agendum procedere. S. Weber Ueber die Prozeßkosten, deren Vergütung und Compensation. §. 6 b. S. 63. ff. und Borst Ueber die Erstattung der Prozeßkosten, als Schadensersatz. §. 44. S. 139. f.

10) S. Kleinschrod's syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 145. und Mühlenbruch Ueber iuris und facti ignorantia §. 6. Im Archiv für die civ. Praxis. 2. B. S. 399. ff.

Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus: suum vero petentibus non nocet.

Wir müssen mit diesem Fragment wegen des genauen Zusammenhangs das Folgende verbinden.

L. 8. IDEM *libro primo Definitionum.*

Error facti ne [11]) maribus quidem in damnis vel compendiis obest: iuris autem error nec feminis in compendiis prodest: ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet.

Ueber den wahren Sinn der hier vom Papinian vorgetragenen Regel, haben die Ausleger sehr verschiedene Ansichten. Einige haben denselben blos aus den Wortbegriffen zu bestimmen gesucht, und geglaubt, es komme hier alles auf die richtige Erklärung der Ausdrücke nocere und non nocere, prodesse und non prodesse an. So Cujaz [12]) und Gerh. Noodt [13]). Jener sagt, die angeführten Ausdrücke hätten hier eine zweyfache Bedeutung. Ignorantia facti *prodest* heiße, sie gewähre dem Irrenden Vortheile, z. B. wenn man sich darauf berufen kann, um eine Erbschaft zu erwerben, aber eine bonorum possessio zu erhalten, oder um eine fremde Sache zu usucapiren. Non nocet, wenn man mittelst Beru-

11) Cod. Erl. nec.

12) Observat. Lib. V. c. 39. Commentar. in hunc Tit. Dig. ad L. 7. et 8. (*Oper.* a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 934.) und am ausführlichsten in Commentar. in Libr. XIX. Quaestion. Papiniani ad L. 7. D. h. t. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 516. sqq.)

13) Commentar. ad Dig. h. t. §. Exposita. *Oper.* Tom. II. pag. 481. sq.

fung auf dieselbe einen Schaden oder Verminderung seines Vermögens abwenden kann. Diese Wirkung habe die Ignorantia facti ohne Unterschied bey Mannspersonen, wie bey Frauenspersonen. Eben so heiße: ignorantia iuris *non prodest*, wenn sie Niemanden zu statten kommt, um etwas zu erwerben und zu gewinnen, auch selbst den Frauenspersonen nicht. Wenn aber die Frage sey, an *noceat?* so werde der Ausdruck *nocere* in einer zweyfachen Bedeutung genommen; es heiße sowohl in Schaden bringen, als einen Gewinn oder Vortheil entziehen; so wie auch das Wort *prodesse* zweyerley bedeute, einen Gewinn verschaffen und nicht schaden, d. h. keinen Schaden bringen. Wenn nun also die Frage entsteht, an ignorantia iuris noceat? so sey diese Frage mit Nein zu beantworten. Zwar sage Papinian: *ignorantiam iuris nocere*, allein nocere heiße hier soviel, als *non prodesse*, und so müßten alle die Gesetzstellen [14]) verstanden werden, wo gesagt wird: ignorantia iuris *nocet*. Sonach habe also die Regel des Papinian folgenden Sinn: die Rechtsunwissenheit komme Keinem zu statten, welcher etwas erwerben will; sie schade aber nicht, wenn von Erhaltung und Verfolgung des Seinigen die Frage ist. Er bemerkt hierbey noch, daß der Ausdruck *ignorantia iuris* hier nicht sowohl Unkunde der Rechtswissenschaft, als vielmehr Unwissenheit des Rechts bedeute, welches alle kennen, die auch keine Rechtsgelehrten sind, nämlich des natürlichen Rechts, welches einen Jeden die Vernunft lehrt, und der allgemein und öffentlich zu Jedermanns Kenntniß bekannt gemachten

14) *L.* 11. §. *ult. D. de his, qui not. infam. L.* 29. §. 1. *D. Mandati. L.* 2. *D. de confess. L.* 2. *Cod. de in ius voc.*

Gesetze, deren Kenntniß sich also ein Jeder leicht, allenfalls durch Erkundigung bey Rechtsgelehrten, verschaffen kann. Eine solche Unwissenheit verrathe eine große Nachlässigkeit, und entschuldige Niemanden, auch nicht Frauenspersonen, noch Minderjährige, noch andere völlig ungebildete Menschen, wenn schon das Naturrecht die Handlung als ein Verbrechen darstellt. Nur bey Vergehungen gegen das Civilrecht komme diesen Personen die Unwissenheit des Rechts zu Gute. Außer den Verbrechen hingegen, bey andern Geschäften des gemeinen Lebens, schade die Rechtsunwissenheit Niemanden. Sie gewähre aber auch keinen Gewinn. Non prodest in lucro, non obest in damno. Hätte ich also aus Rechtsunwissenheit eine Nichtschuld bezahlt, so könnte ich das Gezahlte nicht zurückfordern [15]. Und mit Recht. Denn durch die Bezahlung der Nichtschuld habe ich mein Eigenthum verloren. Die Rechtsunwissenheit schützt zwar gegen die Gefahr, das Seinige zu verlieren, und kommt in diesem Betracht nicht blos den Frauenspersonen, sondern allen zu statten [16]. Das *Suum* sey auch nicht blos das, wovon man schon Eigenthümer ist, sondern auch, worauf man ein Forderungsrecht hat. *Suum* est vel proprietate vel obligatione. Aber zum Erwerben helfe sie nichts. Sie verschaffe mir daher auch nicht wieder, was ich einmal verloren habe. Denn sonst würde ich dabey gewinnen, dieß soll ich aber nicht. Jeder Erwerb einer fremden Sache sey hier Gewinn (lucrum), welcher auf einem lucrativen, also nicht auf einem belästigenden Grunde beruht, übrigens gleichviel, ob man nur wieder erwerben wolle, was man aus Rechtsunwissenheit

15) *L. 10. Cod. h. t.*

16) *L. ult. Cod. h. t. L. ult. Cod. Qui potiores in pignore.*

bereits verloren hat, oder daß man das, was man jetzt erwerben will, nie vorher gehabt habe. Nach diesem Begriff sey es also ganz consequent, wenn demjenigen, welcher aus einem Rechtsirrthum eine Nichtschuld bezahlt hat, das Zurückforderungsrecht abgesprochen werde. Denn da durch die Zahlung der Gegenstand derselben in das Vermögen des Empfängers übergegangen ist, so würde der Zurückfordernde eine Sache, die zwar sein Eigenthum war, aber jetzt eine fremde Sache ist, sine impendio ullo wieder erwerben wollen. Und nun folgt eine weitläuftige Widerlegung des Accursius, welcher dafür hält, daß dem Irrenden die condictio indebiti gegen den Empfänger, oder die actio mandati gegen denjenigen zustehe, für welchen er aus Irrthum Zahlung geleistet hat. Der Grund sey thörig, den Accursius gebrauche, nämlich damit derjenige keinen Schaden leide, der die Nichtschuld bezahlt hat. Qui enim solvit indebitum, erwiedert Cujaz, versatur in damno, non damnum timet. Damnum enim iam ipse sibi attulit, solvendo indebitum, — igitur si vult sibi restitui solutum, lucrum captat non per cautionem futuri damni, quia non iam rem suam petit, sed alienam. Solutio species alienationis est. Zuletzt führt nun Cujaz noch drey Ausnahmen an, wo der Rechtsirrthum den Frauenspersonen auch beym Erwerb nicht nachtheilig sey [17].

Ganz damit stimmt Noodt überein, wenn er sagt: Sensus *Papiniani* est, iuris errorem neque mares, neque foeminas commodo afficere; nam in lucris

17) *L. 8. §. 2. D. Qui satisdare cog. L. 2. D. Ut in possession. legator. L. 2. §. 7. D. de iure fisci.*

obesse omnibus, tam foeminis, quam masibus: in damnis autem non prodesse omnibus. Itane? non nocere non est prodesse: sed est medium inter nocere et prodesse: ut non velle est medium inter velle et nolle, auctore Cujacio [18].

Donellus [19]) legt zwar auf die Unterscheidung der Ausdrücke nocere und non prodesse kein solches Gewicht, weil Paulus [20]) sie zur Bezeichnung der nämlichen Wirkungen gebraucht; seine Theorie führt aber doch, wie die des Cujaz, zu gleichen Resultaten. Er unterscheidet, ob der Rechtsirrthum unverschuldet sey, oder nicht. Ersteres sey er, wenn der Irrende sich in einer Lage befand, in welcher es ihm unmöglich war, Rechtsbelehrung zu erhalten, und dann sey die Rechtsunwissenheit ganz unschädlich. In dem letztern Falle aber unterscheidet er drey Fälle. Es ist dem Irrenden entweder blos ein Gewinn entgangen, den er hätte machen können, oder er hat schon einen wirklichen Schaden, also einen wirklichen Vermögensverlust erlitten, oder er sucht blos einen bevorstehenden Verlust abzuwenden. Für die beyden ersten Fälle gelte dieselbe Regel. Wenn blos von Gewinn die Rede sey, so komme der Rechtsirrthum auch selbst den Frauenspersonen nicht zu statten, z. B. bey Usucapionen, Erbschaften und anderen Erwerbungen. Daß aber auch im Falle einer wirklich schon erlittenen Vermögenseinbuße die Rechtsunwissenheit schade, erhelle daraus, weil eine aus Rechtsunwissenheit bezahlte Nichtschuld nicht zurückgefordert werden könne. Denn da er die Sache in der

18) Observat. Lib. V. c. 39.

19) Commentar. Lib. I. cap. 21.

20) *L. 9. pr. et §. 5. D. h. t.*

Absicht übergab, das Eigenthum auf den Empfänger zu übertragen, so habe er sein Eigenthum verloren. Man könne also hier nicht sagen: *Suum* repetit. Nein, wer eine gezahlte Nichtschuld zurückfordert, alienum petit, non suum. Jedoch finde zwischen diesem und jenem ersten Falle der Unterschied Statt, daß in dem ersten nur Minderjährige und Soldaten, in dem zweyten aber vier Personen von der Regel ausgenommen würden, unter denen auch die Frauenspersonen mit begriffen wären; jedoch werde diesen auch nicht schlechthin, sondern nur in quibusdam causis propter sexus infirmitatem, wie Paulus[21]) lehrt, die Rechtsunwissenheit zu Gute gehalten. In dem dritten Falle aber finde ohne Unterschied eine Berufung auf Rechtsunwissenheit Statt, um einen noch erst bevorstehenden Schaden abzuwenden. Die Regel des Papinians: *omnibus iuris error in damnis rei suae amittendae non nocet*, habe also den Sinn. Quibus casibus si quis quid facit, quo facto rem suam iure nondum amisit, et si fecit per errorem, quamvis non facti, sed iuris: nunquam hic error, ne iuris quidem, efficiet, ut rem suam amittere debeat: etsi in ea causa res fuerit, ut si sciens fecisset, amittere rem postea deberet. Unde eveniet, ut superius factum huic non noceat, quominus et rem suam petere possit, si abest, et eam, quae de eo petitur, retinere. Ein *damnum rei amittendae* lasse sich nun in 4 Fällen gedenken: 1) wegen falscher Zugeständnisse, daß uns etwas nicht angehöre, was doch das Unsrige sey, oder etwas Unser sey, was es doch

21) *L. 9. pr. D. de iur. et facti ign.*

nicht ist. 2) Wegen eines aus Irrthum geschehenen Versprechens einer Nichtschuld. 3) Wegen des Besitzes einer fremden Erbschaft, und 4) wegen eines Delicts. In den drey ersten Fällen schade der Rechtsirrthum niemals und Niemanden. Daß ein falsches Zugeständniß nicht schade, wenn man z. B. eingeräumt hat, es rühre eine Sache, die man vom Vater erhalten, aus dem mütterlichen Vermögen her, erhelle aus *L. 5. Cod. h. t.* Wenn also die Gläubiger der Mutter an dieser Sache, als ihnen verpfändet, Anspruch machen, so schade das Geständniß nichts, wenn der Irrthum erwiesen wird. Jedoch sey der Fall auszunehmen, da die confessio in iure geschehen sey [22]. Ohne Ausnahme sey hingegen die Regel wahr bey dem Versprechen einer nicht schuldigen Sache, welche man aus einem Rechtsirrthum schuldig zu seyn glaubte. Nach dem strengen Recht sey zwar die Stipulation gültig und begründe eine Klage, allein der Promittent könne sich mit der exceptio doli schützen [23]. Der Besitz einer fremden Erbschaft mache nach dem Senatusconsult nur dann verantwortlich, wenn der Besitzer weiß, daß er nicht Erbe sey.

22) *L. 2. D. de confess.* S. oben S. 278. Not. 81.

23) *L. 36. D. de verbor. obligat. L. 17. §. 18. D. ad Municipal.* Diesem sey *L. ult. D. de SCto Macedon.* nicht entgegen, wenn man auch hier das argumentum a contrario eintreten lasse. Denn es sey zu erwägen, daß ein filiusfamilias, wenn er gegen das Senatusconsult Geld erborgt, doch wenigstens naturali obligatione verpflichtet sey, wenn gleich der Gläubiger keine Klage gegen ihn hat. Allein wollte sich hier der Schuldner auf Rechtsunwissenheit berufen, so würde er dadurch nur Etwas zu behalten, mithin das zu gewinnen suchen, was er einem Andern schuldig ist.

Wer aber aus einem Rechtsirrthum, weil er wähnte, das Testament, worin er eingesetzt worden, sey gültig, ob es wohl wegen eines äußern oder innern Mangels nicht bestehen kann, sich eine Erbschaft anmaßt, dem schade der Rechtsirrthum nichts, denn er suche durch Berufung auf Rechtsunwissenheit nur einen bevorstehenden Schaden abzuwenden [24]. In den letztern Falle hingegen finde die obige Regel nicht Statt [25]. Zwar hätten Delicte nicht immer den Verlust des Unsrigen zur Folge, sondern eine Strafe, welche erst erkannt werden müsse. Deren Abwendung stehe nun zwar freylich unter dem Begriff eines damni amittendae rei. Allein hier schade gewöhnlich der Rechtsirrthum. Papinian rede jedoch auch eigentlich von diesem Falle nicht, sondern nur von solchen damnis, quae metuerentur non in delictis, sed in privatarum rerum administratione. Bey Delicten trete ein eignes Recht ein. Hier komme es darauf an, ob eine Handlung nach dem iure gentium oder nach dem iure civili verboten sey, und in Ansehung des letztern, ob eine Handlung schlechthin verboten sey, oder nur, wenn sie dolo malo geschieht. Dieser Unterschied habe den wichtigsten Einfluß auf die Entschuldigung des Verbrechens. Was das ius gentium allgemein verbietet, mit dessen Unwissenheit könne sich Niemand entschuldigen, welcher den Gebrauch der Vernunft hat, und in dem Alter sich befindet, wo er der Imputation fähig ist, er sey übrigens, welches Geschlechts und Alters er wolle [26]. Der Strafe könne er

24) *L.* 25. §. 3. *et* 6. *D. de heredit. petit.*

25) Von diesem Falle handelt DONELLUS Lib. I. cap. 22.

26) *L.* 35. *pr. et* §. 2. *D. ad S. Jul. de adulter.*

nicht entgehen. Zu diesem Verbrechen gehöre Blutschande, Ehebruch, Mord, Fälschung, Raub, Gewaltthätigkeit und Diebstahl. Zuweilen könne jedoch wegen der Minderjährigkeit Strafmilderung Statt finden [27]. Anders sey es bey den Verbrechen, welche blos das Civilrecht verbietet. Bey diesen komme es auf die Personen an, ob sie zu den privilegirten gehören, welchen die Unwissenheit des Civilrechts nicht zugerechnet wird, wenn von Abwendung eines bevorstehenden Schadens die Rede ist, z. B. Frauenspersonen, Minderjährige, Soldaten [28]; oder ob sie dieses Privilegium nicht haben. Auf diesen Unterschied komme es jedoch nur denn an, wenn das Civilrecht eine Handlung schlechterdings verbietet. Denn verbietet es die Handlung nur, in sofern sie dolo malo geschehen ist, so entschuldige Rechtsunwissenheit, weil sie den Dolus entfernt. Möge sie denn auch immerhin verschuldet seyn, sie befreye doch von der Strafe des Gesetzes, weil diese den bösen Vorsatz voraussetze.

Alle diese Ansichten hat Mühlenbruch [29] einer sorgfältigen Critik unterworfen, und das Fehlerhafte in denselben aufgedeckt. Das Wahre läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen.

1) Factischer Irrthum, unter der oben (bey L. 6.) ausgeführten Voraussetzung, schadet Niemanden, es sey

27) *L. 7. Cod. de poenis.*

28) *L. 38. §. 2. 4. et 7. D. ad Leg. Jul. de adult. L. 1. §. 10. L. 4. D. ad SCtum Turpill. L. 15. §. 4. D. de Lege Cornel. de falsis L. 3. C. de his, qui sibi adscrib. L. 5. eodem.*

29) Ueber iuris und facti ignorantia. §. 7. im 2. B. des Archivs für die civilist. Praxis. S. 408. ff.

von einem Gewinn, oder von einem bevorstehenden oder schon wirklich erlittenen Vermögensverlust die Rede. Er wendet nicht allein positiven, sondern auch negativen Schaden ab[30]), und schadet auch selbst den Mannspersonen nicht[31]). Er verschafft sogar Vortheile, welche der Nichtirrende hätte entbehren müssen[32]). Nur für widerrechtliche Schadenszufügungen gilt Papinians Regel nicht[33]). Diese stehen unter den Regeln von der praestatio culpae. Hier wird nach Verschiedenheit der Verhältniße bald der höchste Grad der Achtsamkeit, so wie man ihn von einem vorsichtigen Hausvater erwartet, bald ein geringerer gefordert, und wohl in den wenigsten Fällen dürfte der bloße Mangel einer supina ignorantia, welcher hier genügt, wo nur von den Folgen des Irrthums die Rede ist, die sich auf den Irrenden selbst unmittelbar beziehen, als zureichender Entschuldigungsgrund angesehen werden können. Es gehen daher auch seine Wirkungen nicht so weit, daß er einem Dritten seine Rechte entziehen[34]), oder nicht vorhan-

30) *L.* 11. §. 10. *et* 11. *D. de interrogat. in iur. fac.*

31) *L.* 9. *Cod. ad Leg. Falcid.* Imp. Gordianus A. *Mestriano.* Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit.

32) Beyspiele geben *L.* 2. §. 2. *D. de liberali causa. L.* 2. §. 15. *et* 16. *D. pro emt.*

33) §. 16. *I. de legat. L.* 44. *pr. D. ad L. Aquil. L.* 13. *pr. D. de act. emti et vend. L.* 1. §. 2. *de aedilit. Edicto. L.* 25. §. 2. *D. ad SCtum Trebell.*

34) Durch den Verkauf einer fremden Sache an einen bonae fidei emtorem verliert daher der Eigenthümer nie sein Recht.

dene Rechtsverhältniße erzeugen [35]), oder Fehler aufheben könne, mit welchen einzelne Sachen behaftet sind [36]).

2) Soviel den **Rechtsirrthum** anbetrifft, so ist a) soviel gewiß, daß **Papinians** Ausspruch auf die Uebertretung von Strafgesetzen keine Anwendung leide. Daß **Papinian** an Delicte gar nicht dachte, hat **Donell** [37]) ganz klar bewiesen. Eben so kann b) die Regel als ganz ausgemacht und allgemein anerkannt angenommen werden, daß da, wo es auf Erhaltung eines bloßen Gewinnes ankommt, Rechtsunwissenheit nicht verziehen werde, und c) daß wegen eines vernachläßigten Gewinnes selbst Frauenspersonen sich nicht auf Rechtsunwissenheit berufen können, sofern ihnen nicht etwa die Minderjährigkeit zu statten kommt [38]). Wer also

1) die agnitio bonorum possessionis binnen der vorgeschriebenen Frist unterläßt, darf sich auf Rechtsunwissenheit nicht berufen, um das Versäumte nachzuholen [39]).

35) So wird durch die Meinung, man habe ein Rechtsgeschäft geschlossen, nie seine Existenz begründet, man müßte denn eine gegründete Ursach, dieses zu glauben, gehabt haben, z. B. weil man den Auftrag dazu gegeben hatte, und der Beauftragte den Gewaltgeber zu überreden wußte, daß das Geschäft geschlossen sey. *L.* 11. *D. pro emtore.*

36) §. 2. *et* 3. *J. de Usucapion.* *L.* 24. *D. de Usurpat.*

37) Commentar. iur. civ. Lib. I. cap. 22. §. 1.

38) *L.* 11. *Cod. h. t.* Imp. Constantinus A. *Valeriano agenti vicar. praefecturam.* Quamvis *in lucro* nec *foeminis* ius ignorantibus subveniri soleat: attamen *contra aetatem adhuc imperfectam* locum hoc non habere, retro Principum statuta declarant.

39) *L.* 10. *D. de bonor. possess.* Besonders *L.* 6. *Cod. Qui admitti ad bonor. possess. possunt.* Impp. Dio-

2) Der Honorirte, welcher ohne Rechtsnothwendigkeit ein vom Erblaßer ihm auferlegtes Vermächtniß, durch einen Rechtsirrthum verleitet, erfüllt, kann das Gegebene nicht zurückfordern [40]). Eben so wird sich

3) der Erbe vergeblich auf Rechtsunwissenheit berufen, wenn er bey der Auszahlung der Vermächtniße den Abzug der quarta Falcidia unterließ [41]). Auch entschuldiget

4) die Rechtsunwissenheit nicht, um eine Verzichtleistung auf eine Erbschaft wieder rückgängig zu machen; vorausgesetzt, daß derjenige, welcher sich auf seine Nicht-

CLET. et MAXIMIAN. AA. *Frontinae.* Iuris ignorantiam *nec mulieribus* prodesse in Edicti perpetui cursu de agnoscenda bonorum possessione, manifestum est.

40) L. 2. *Cod. de fideicommiss.* Imp. ANTONINUS A. *Eupatrio.* Et si inutiliter fideicommissum relictum sit: tamen si heredes, comperta voluntate defuncti, praedia ex causa fideicommissi avo tuo praestiterunt, frustra ab heredibus eius de ea re quaestio tibi movetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur. Daß ein fideicommissum vel legatum indebitum *per errorem facti* solutum zurückgefordert werden könne, rescribirten dieselben Kaiser *L. 7. Cod. de condictione indebiti.* Es muß nur das Testament an sich gültig seyn, mithin der Erbe auch als Testamentserbe zu handeln befugt gewesen seyn, sonst würde ihm das, was er als solcher gethan, ab intestato nicht zum Nachtheil gereichen können. S. Mühlenbruch's Abh. §. 5. Not. 76. S. 304.

41) *L. 9. §. 5. D. h. t.* u. *L. 9. Cod. ad Leg. Falcid.* — Is autem, qui sciens se posse retinere (sc. quartam) universum restituit, condictionem non habet. *Quin etiamsi ius ignoraverit*, cessat repetitio.

kenntniß beruft, bereits die Großjährigkeit erreicht hätte [42]). Es steht hiernächst

d) auch als Regel fest, daß der Rechtsirrthum nicht schädlich sey, wenn man sich darauf beruft, um einen bevorstehenden Verlust des Seinigen abzuwenden. Denn der Ausdruck *damnum amittendae rei suae* kann nur durch Gefahr eines Verlusts übersetzt werden. Ein solches damnum rei amittendae läßt sich nun allerdings mit Donell annehmen,

1) wegen falscher Zugeständniße; weil der Irrthum die zur Gültigkeit eines Geständnißes erforderliche Willensäußerung ausschließt. Hieher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 5. *Cod. h. t.* Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et Constantius et Maximianus Nobilissimi Caes. *Martiali.* Cum falsa demonstratione mutari substantia veritatis minime possit: respondendo id, quod paternum erat, ex maternis esse bonis, nihil egisti.

L. 8. Iidem AA. et CC. *Dionysiae.* Cum testamentum nullo iure constiterit: ex eius, qui ab intestato successit, professione sola, veluti ex testamento libertos per errorem profitentis, orcini vel proprii liberti, si non ipsius accessit iudicium, *cum errantis voluntas nulla sit,* effici non potuerunt.

42) *L.* 2. *Cod. h. t.* Imp. Gordianus A. *Juvenali.* (Cum ignorantia iuris facile excusari non possis, si maior annis viginti quinque hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras.

L. 9. IIDEM AA. et CC. *Caio* et *Anthemio*. Non idcirco minus, quod a vobis velut a liberis debitam accepisse pecuniam Sanius dicitur, *cum nullus sit errantis consensus*, movere status quaestionem prohibentur eius heredes.

2) Wegen eines aus Rechtsirrthum geschehenen Versprechens einer Richtschuld. Der Irrende kann sich in diesem Falle der exceptio doli bedienen, wenn er aus dem Versprechen belangt wird. Etsi enim nullus dolus intercessit stipulantis, sagt Ulpian[43], tamen ipsa res in se dolum habet; *cum enim quis petat ex ea stipulatione; hoc ipso dolo facit, quod petit.* Hieher gehören noch folgende Gesetzstellen.

L. 1. pr. D. Ut in possess. legator. ULPIANUS *lib. LII. ad Edictum.* Si quis, cum vetitus esset satis accipere, acceperit: an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? Et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. Quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, *qui ius ignoravit?* adhuc tamen benigne quis dixerit *satisdationem condici posse.* Quid deinde, si commissa sit stipulatio? fideiussores putamus exceptione uti posse, an non? *et magis est, ut utantur exceptione:* quia ex ea causa intercessit satisdatio, ex qua non debuit.

L. 17. §. 10. D. ad Municipalem. PAPINIANUS *libro I. Responsorum.* Error eius, qui, se municipem aut colonum existimans, munera civilia

43) *L. 36. in fin. D. de Verb. obligat.*

suscepturum promisit, *defensionem iuris non excludit.*

Da nach den für beyde Fälle angeführten Gesetzen derjenige, welcher in der Meinung, dazu rechtlich verpflichtet zu seyn, Rechte aufgiebt oder ertheilt, noch nichts verloren hat, so lange die Bedingungen eines Erwerbs oder einer Ausschliessungsbefugniß (durch erwerbende oder erlöschende Verjährung) für den Andern noch nicht eingetreten sind, so kann auch wohl billig dem Irrenden die Klage nicht versagt werden, um sein Recht zu verfolgen. Denn es ist ein allgemeiner Grundsatz, was Jemand nicht rechtlich erworben hat, das darf er nicht behalten, wenn auch der wahre Inhaber des Rechts, verleitet durch einen Rechtsirrthum, es ihm eingeräumt hätte. Hierauf gehen wohl unstreitig die Worte des Papian: iuris ignorantia *suum petentibus* non nocet. Denn der Ausdruck *suum petere* geht hier auf Alles, was man zu fordern hat, mithin nicht nur auf das, was man noch in seinem Eigenthume hat, sondern auch auf blos persönliche Forderungen, wie auch oben Cujaz.[44] ganz richtig bemerkt hatte. In den Basiliken[45]) sind daher die Ausdrücke *suum petere*, und *damnum amittendae rei suae* als sich auf einander beziehend erklärt worden. Die Worte Papinians, *caeterum omnibus iuris error in damnis rei suae amitten-*

44) Commentar. in libr. XIX. Quaestion. Papiniani. (Oper. a *Fabroto* editor. Tom. I. pag. 519.) *Suum* est, sagt er, non tam, quod suum proprietate, sed etiam, *quod suum est obligatione*, id est, *sibi debitum*. Et ita saepissime accipitur in iure, et ita sane accipere oportet in h. *L.* 7. *Suum* sc. vel proprietate vel obligatione, et *rem suam* in *L.* 8.

45) Tom. I. pag. 96. Const. 8.

nae non nocet, lauten nämlich in den Basiliken folgendermaßen: *ἐπὶ δὲ ζημίας οὐδένα βλάπτει, θέλοντα τὸ ἴδιον ἀπαιτῆσαι.* i. e. *in damno autem nemini nocet suum petere volenti,* gerade so, wie die *L.* 7. *Ἡ τοῦ νόμου ἄγνοια τοὺς μὲν ἀπαιτοῦντας τὰ ἴδια οὐ βλάπτει.* Der griechische Scholiast [46]) giebt hier zur Erläuterung folgendes Beyspiel: *Οἷον, ἐπερωτήθη τις οἰκέτην ἄξιον ὄντα νομισμάτων κ'. τούτου δὲ τοῦ οἰκέτου πρὸ μόρας τελευτήσαντος, νομίζων ἔτι ἐνέχεσθαι τῇ ἐξ στιπουλάτου, ἀπελθὼν κατέβαλε τῷ ἐπερωτήσαντι τὰ κ'. νομίσματα· συγγινώσκεται οὗτος, ἐπειδὰν περὶ ζημίας τῶν κ'. νομισμάτων ... καὶ δύναται ταῦτα ῥεπετιτεύειν.* i. e. Verbi gratia, quidam servum dignum aureis viginti sibi dari stipulatus est: servo autem ante moram mortuo, cum promissor existimaret, se adhuc teneri actione ex stipulatu, viginti aureos solvit stipulatori: subvenitur ei, quia damno aureorum viginti sollicitus est, eosque repetere potest.

Daß ein Rechtsirrthum nicht hindere, das Seinige, wenn man es einbüßen soll, durch Klage zu verfolgen, lehrt in einer noch bestimmteren Anwendung Papinian.

L. 79. *D. de legatis II.* Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit, iuris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt: *non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.*

46) Tom. I. pag. 100. Schol. g.

Der Mann hatte seine Frau in seinem Testamente zur Erbin eingesetzt, und sie gebeten, auf ihren Todesfall gewisse Grundstücke seinen Freygelassenen abzutreten. Die Frau, hier die Erblasserin, hatte aber diese Grundstücke, welche nach dem Willen ihres Ehemannes den Freygelassenen desselben nach ihrem Tode allein zu geben waren, in ihrem Testamente mit einem Nießbrauche zu belegen sich unterfangen, welchen die Freygelassenen des Mannes und ihre der Erblasserin eigenen Freygelassenen gemeinschaftlich haben sollten. Ob nun gleich die Freygelassenen des Mannes nach dem Tode der Frau die ihnen von denselben vermachten Grundstücke aus dem Testamente ihres verstorbenen Patrons von dem Erben der Frau hätten fordern können; so unterließen sie es dennoch, durch den Rechtsirrthum verleitet, als habe die Erfüllung des ersten Fideicommißes lediglich von dem Willen der Frau abgehangen, so wie es nach dem ältern Römischen Recht auch wirklich der Fall war. Also, statt die Güter selbst abzufordern, hatten die Freygelassenen des Mannes mit den Freygelassenen der Frau blos den Nießbrauch derselben aus dem Testament der Frau verlangt. Lange Zeit hatten sie diesen gemeinschaftlichen Genuß mit den Freygelassenen der Frau ihres Patrons gehabt, als sie endlich aus dem Schlummer ihres Irrthums erwachten. Nun entstand die Frage, ob ihnen wegen des ersten Fideicommisses noch ein Klagerecht zustehe? Daß ihnen der Rechtsirrthum daran nicht hinderlich sey, scheint Papinian hier als ausgemacht vorauszusetzen. Dieses konnte er auch nach seinem Grundsatz: *Juris ignorantia suum petentibus non nocet.* Denn *Suum* ist, quodcunque debetur. Der Zweifelsgrund scheint ihm vielmehr der zu seyn, ob den Freygelassenen des Mannes nicht die Verjährung im Wege stehe? Auch

dieses verneint Papinian, weil die Forderung aus dem Fideicommiß durch eine longi temporis praescriptio nicht erlischt [47]), sondern eine actio perpetua ist, welche freylich, nach einem Ablauf von 30 Jahren, unter dem Vorwande eines Rechtsirrthums nicht wieder hergestellet wird [48]). Der Hauptentscheidungsgrund ist also hier der Satz, daß Niemand etwas behalten darf, was ihm rechtlich nicht gebührt, ein Satz, den Papinian noch an einem andern Orte [49]), als der Billigkeit gemäß, empfiehlt, und der sich hier in seiner vollen Anwendung zeigt.

Auf gleichem Grunde beruhet die Entscheidung Ulpians L. 20. D. *Familiae erciscundae.* Si filia nupta, quae dotem conferre debuit, *per errorem coheredum* ita cavit, ut, quod a marito recuperasset, pro partibus hereditariis solveret: nihilominus arbitrum familiae erciscundae sic arbitraturum Papinianus scribit, ut etiam si constante matrimonio ipsa diem suum obierit, conferatur dos: *nam imperitia*, inquit, *coheredum iurisdictionis formam mutare inquit.*

Die verheyrathete Tochter hatte ihr vom Vater erhaltenes Heyrathsgut einzuwerfen. Es war beym Tode des

47) *L. 5. Cod. Quibus non obiicitur longi temp. praescript.* (VII. 35.)

48) *L. 3. in fin. C. de praescript XXX. vel XL. annor.* Man s. Cujacii Commentar. in Lib. XI. Responsor. Papiniani ad *L. 79. D. de legat. II.* (in *Oper. a* Fabroto *edit.* Tom. I. pag. 495. sq.) und Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen, und Fideicommissen. §. 1096.

49) *L. 66. D. de condict. indeb.* Quod alterius apud alterum *sine causa* deprehenditur, revocare consuevit.

Vaters noch vorhanden, befand sich aber in den Händen ihres Ehemannes. Die Brüder, ihre Miterben, durch einen Rechtsirrthum verleitet, als sey die Collation blos auf den Fall des Rückfalls des Heyrathsguts beschränkt, hatten sich daher von ihr wegen der Collation nur auf den Fall Sicherheit leisten lassen, wenn sie das Heyrathsgut von ihrem Ehemann wieder zurückerhalten haben würde. Sie starb aber während der Ehe, und das Heyrathsgut blieb in den Händen des Mannes [50]). Hinderte nun etwa hier der Rechtsirrthum ihre Brüder an der Verfolgung ihrer daran habenden Erbantheile? Keineswegs. Er konnte das Recht nicht ändern, welches die Tochter auch während der Ehe zur Collation verpflichtete, und also auch ihren Ehemann nicht berechtigen, etwas zu behalten, wozu er kein Recht hatte [51]).

Daß der Rechtsirrthum auch an der Verfolgung des Eigenthums nicht hindere, hat noch seinen besondern Grund darin, weil ich mein Eigenthum nur mit meinem Willen verlieren kann [52]), und diesen der Irrthum ausschließt [53]). Wenn sich daher meine Sache in fremden Händen befindet,

50) Ulpian *Fragm.* *Tit.* 6. *de dotibus.* §. 4. Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur. — Quod si pater non sit, *apud maritum* remanet.

51) S. *Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad h. L. 20. pr. D. Fam. ercisc. und Westphal's System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten 2c. §. 736.

52) *L.* 11. *D. de reg. iuris.* S. Gesterding's Darstellung der Lehre vom Eigenthume. §. 59. S. 601.

53) *L.* 35. *D. de acquir. rer. dom.* Nemo *errans* rem suam amittit.

und ich habe, aus Unwissenheit, daß die Sache mir gehöre, sogar einem Dritten, der sie als die seinige in Anspruch nahm, bey deren Verfolgung vor Gericht vertreten 54), oder ich habe sie von dem Besitzer gemiethet, so schadet dieses meinem Eigenthume nichts 55). Wenn hiernächst Donellus ein *damnum rei amittendae* auch 3) wegen des Besitzes einer fremden Erbschaft annimmt, so hat er zwar darin vollkommen Recht, daß Rechtsunwissenheit auch hier unschädlich sey; es bedurfte aber hier zur Rechtfertigung der Entscheidung Ulpians in *L.* 25. §. 6. *D. de hered. petit.*, welche Donellus hier vorzüglich hatte, der Regel des Papinians nicht, da dieselbe auf einem viel allgemeinern Grunde beruhet, nämlich dem, weil der Irrthum, er sey ein factischer oder Rechtsirrthum, den Dolus ausschließt. Non puto hunc esse praedonem, sagt Ulpian, *qui dolo caret*, quamvis in iure erret.

Bis dahin gelangten Cujaz und Donellus, wenn gleich auf verschiedenen Wegen, zu ganz richtigen Resultaten. Allein ob das *damnum rei amittendae* stillschweigend, und per argumentum a contrario, das *damnum rei amissae* ausschließe, und also der Rechtsirrthum zum Zweck der Wiedererlangung des schon Verlornen eben so wenig, wie zum Zweck der Erlangung eines Vortheils in Betrachtung komme, und ob also, wie Cujaz und Donellus, und mit ihnen auch die meisten neueren

54) *L.* 54. *D. de rei vindicat.*

55) *L.* 18. *Cod. de rei vind.* Re tua apud alium manente, *proprietatis error* nihil tibi nocere poterit. Westphal's System des R. R. über die Arten der Sachen. §. 889.

Rechtsgelehrten [56]) dafür halten, für diese beyden Fälle gleiches Recht als Regel gelte, ist zweifelhaft. Nach einer fast allgemeinen Behauptung der Rechtsgelehrten soll dasjenige, was aus einem Rechtsirrthum indebite geleistet worden, nicht zurückgefordert werden können. Hält man sich blos an die Natur der condictio indebiti, wodurch die aus Irrthum bezahlten Nichtschulden zurückgefordert werden sollen, erwägt man, daß diese Klage auf Billigkeit gegründet ist, und ihr Zweck dahin geht, daß Niemand mit dem Schaden eines Andern sich bereichere [57]), und folglich Niemand etwas behalten dürfe, was er ohne einen rechtlichen Grund besitzt [58]); bedenkt man ferner, daß es mit diesen Grundsätzen nicht wohl zu vereinigen ist, wenn ein unrechtlicher Erwerb blos darum geschützt werden sollte, weil der Verlierende sich in einem Rechtsirrthume befand;

56) Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 1294. Not. k. u. §. 593. Not. h. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 396. der 2. Ausgabe. Weber's Erläuterungen der Pandecten, herausgegeben von dessen Sohn Aug. Wilh. Lud. Weber 2. Th. §. 1186 — 1188. S. 125.

57) *L. 14. D. de condict. indeb.* Pomponius *lib. XXI. ad Sabinum.* Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. — *L. 206. D. de reg. iur.*

58) *L. 54. D. de cond. ind.* Papinian. *lib. II. Quaest.* Ex his omnibus causis, quae iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit. — *L. 25. in fin. D. de act. rer. amotar.* Marcian. *Lib. III. Regular.* Nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui *non ex iusta causa possident.*

so scheint hiervon die Ansicht der neuern Rechtsgelehrten [59]), daß man müsse berechtiget seyn, eine aus rechtlichem Irrthume gezahlte Nichtschuld zurückzufordern, ein nothwendiges Resultat zu seyn. Denn wollte man mit Cujaz sagen, wer, in der Meinung rechtlicher Verbindlichkeit, eine Nichtschuld bezahlt hat, hat das Seine einmal verloren, die Vergütung dieses Verlusts würde ein Gewinn seyn; so würde man den Ausdruck lucrum auf eine offenbar sprachwidrige Weise erklären, weil gewiß derjenige, welcher ohne Rechtsgrund aus dem Seinigen Etwas gegeben hat, eben so gut positiven Schaden leidet, als derjenige, der es erst geben soll. Eine Verschiedenheit läßt sich wenigstens nicht auffinden.

Es fehlt auch nicht an speciellen Entscheidungen, in welchen jene allgemeinen Gründe auf solche Fälle angewendet worden sind, wo die indebite geleistete Zahlung durch Rechtsirrthum veranlaßt war. Es gehören hierher

1) *L. 10. Cod. de condict. indebiti*, worin Justinian die unter den älteren Röm. Juristen streitig gewesene Frage entscheidet, wem die Wahl zustehe, wenn, im Falle einer alternativen Verbindlichkeit, der Schuldner durch Unwissenheit verleitet (war nach dem Zusammenhang der Worte wohl keine andere, als eine Rechtsunwissenheit), beyde Objecte geleistet hat [60]). Die Frage, ob hier überhaupt ein Zurückforderungsrecht Statt finde, wird also hier als ganz unbestritten vorausgesetzt.

59) Mühlenbruch über iuris und facti ignorantia. §. 8. im Archiv für die civilist. Praxis. 2 B. S. 416. ff. und Herman von den Wirkungen des Irrthums. §. 8.

60) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 843. S. 79. ff.

2) *L.* 16. §. 4. *D. de publicanis*, wo Marcian sagt, daß der per errorem (könne auch wohl kein anderer als ein Rechtsirrthum seyn) indebite bezahlte Zoll zurück gefordert werden könne.

3) *L.* 16. §. 2. *D. de minorib.* wo Ulpian den Fall entscheidet, da einem minor ein Fideicommiß unter der Bedingung hinterlassen worden, daß, im Fall er ohne Kinder sterben würde, es wieder an den Erben zurückfallen solle, und dieser minor nach des Erben Tode den Erben desselben wegen der Restitution Sicherheit bestellt hatte. Es kann hier keinem Zweifel unterliegen, daß der Grund des übereilten Versprechens nicht in einem factischen Irrthume zu suchen sey, sondern in einer falschen Ansicht von der rechtlichen Wirkung dieser testamentarischen Disposition. Dennoch sagt Ulpian, der minor könne hier, ohne einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand benöthiget zu seyn, seine Caution geradezu condiciren, indem ein gleiches Recht ja auch den Großjährigen zustehe.

Ich übergehe andere Gründe, die auch schon von ältern Rechtsgelehrten gebraucht, und von mir an einem andern Orte [61]) angeführt worden sind.

Dagegen hat nun aber auch die gemeine Meinung nicht unerhebliche Gründe für sich, welche auch schon oben in dem Titel de condictione indebiti [62]) dargestellt, und von den neuern nicht durchaus befriedigend widerlegt worden sind. Einer der wichtigsten Gründe bleibt immer die *L.* 10. *Cod. h. t.* wenn man sie mit *L.* 2. und *L.* 9. *D. eodem* in Verbindung setzt. Allerdings ist diese Verord-

61) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 834. S. 138. ff.

62) a. a. O. S. 136—151.

nung der Kaiser Diocletian und Maximian ein Rescript, und bekannt ist es, daß die Römischen Kaiser bey ihren Rescripten nicht gesetzgebend, sondern blos richtend verfuhren, indem sie eine an sich schon als Gesetz geltende Rechtsregel auf besondere Fälle durch bloßes Urtheil anwandten. Der Grund eines solchen Urtheils ist dann nicht sowohl Grund des Gesetzes (ratio legis), sondern ein Entscheidungsgrund (ratio decidendi)[63]. Nun ist zwar freylich das den Kaisern zur Entscheidung vorgelegte Factum, worauf sich der hier angeführte Entscheidungsgrund bezieht, weggelassen. Man mag also immerhin annehmen, der Fall habe bezahlte Vermächtniße, die der Erbe zu erfüllen nicht verpflichtet war, oder wovon er die Quarta Falcidia hätte abziehen können, oder sonst einen Fall betroffen; so stellen sie doch offenbar hier ein als Regel geltendes gemeines Recht zum Entscheidungsgrunde auf, welches denn auch, mit Weglassung des Facti, immer noch als Regel gelten konnte. Vergleicht man nun damit die Gründe, welche Neratius *L. 2. D. h. t.* von dem Unterschiede zwischen error iuris und facti ignorantia angiebt, so verträgt sich damit allerdings die Regel, welche Paulus *L. 9. pr. D. h. t.* anführt, und wovon die Kaiser in der *L. 10.* bey Entscheidung des ihnen vorgelegten Falles Anwendung gemacht haben. Man kann es also wohl als Regel gelten lassen, schädlich ist der Rechtsirrthum, welcher vermieden werden konnte, und giebt kein Recht, das Gegebene zurückzufordern, wofern nicht die Gesetze aus besondern Gründen der Billigkeit in einzelnen

63) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts §. 16. der 2. vermehrt. Ausgabe. Altona 1806.

Fällen, oder wegen besonderer Begünstigung gewißer Personen eine Ausnahme von der Regel machen.

§. 1187 — 1189.

Erklärung der *L.* 9. und *L.* 10. *h. t.*

L. 9. PAULUS *libro singulari de iuris et facti ignorantia.*

Regula est, *iuris quidem ignorantiam cuique nocere: facti vero ignorantiam non nocere.* Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit: ante [64]) praemisso, quod minoribus viginti quinque annis ius [65]) ignorare permissum est: quod et in feminis in quibusdam causis [66]) propter sexus infirmitatem dicitur [67]): et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione si minor viginti quinque annis filiofamilias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filiofamilias credidisse. §. 1. Si filiusfamilias miles a commilitone heres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire, per constitutiones principales ius ignorare potest, et ideo ei dies aditionis (non) [68]) cedit. §. 2. Sed [69]) facti ignorantia

64) Cod. Erlang. *eo* ante praemisso. Eben so Chevallon, Merlin und Baudoza.

65) *Jus* fehlt bey Haloander, und Charondas hat es eingeschlossen.

66) Causis fehlt bey Haloander.

67) Hal. datur. Eben so Baudoza.

68) Die *Basilica* Tom. I. pag. 96. haben diese Negation nicht. Es ist daselbst die Stelle ganz anders gefaßt. Ἐὰν ὑπεξούσιος στρατιώτης νομίζῃ μὴ δυνάσθαι

ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? et recte LABEO definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam: verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo, notam habere possit. §. 3. Sed iuris ignorantiam non prodesse, LABEO ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento [70]) sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est. §. 4. Qui ignoravit dominum esse rei

χωρὶς τοῦ πατρὸς κληρονομεῖν τὴν ἐκ διαθήκης κληρονομίαν τοῦ στρατιώτου, νόμον ἀγνοεῖ· καὶ τρέχει ὁ χρόνος τῆς κληρονομίας. Die Verfasser der Basiliken haben also die Stelle so verstanden, wenn ein filiusfamilias, welcher Soldat ist, glaubte, er könne die ihm von seinen Kriegskammeraden hinterlassene Erbschaft des Vaters antreten, so befinde er sich in einem Rechtsirrthum, und die dadurch veranlaßte Zeitversäumniß sey ihm nachtheilig. Allein der ganze Zusammenhang unsers Fragments lehrt das Gegentheil. Dennoch mag die Negation auch in der Florentinischen Handschrift gefehlt haben. Taurellius hat sie aus anderen Handschriften ergänzt, und sie daher eingeschlossen. In dem Erlanger Codex befindet sich das NON, und der ganze Zusammenhang der Worte erfordert es nothwendig. S. *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. II. cap. 14. (*in Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 175.) und JAUCHIUS Meditat. crit. de negationib. Pand. Florent. pag. 23. Nr. 23. et pag. 116. Nr. 9.

69) *Cod. Erl.* Sed *et.*

70) *Cod. Erl.* ei *detrimentum* sit. Eben so *Chevallon.*

venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo tametsi existimet se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur. §. 5. Si quis ius ignorans, Lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola Divi Pii. Sed et Imperatores Severus et Antoninus in haec verba rescripserunt: *Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest: quamobrem Cargiliani*[71]) *heredes, qui cum ex testamento eius pecuniam ad opus aquaeductus reipublicae Cirtensium*[72]) *relictam solverint, non solum cautiones non exegerunt, quae interponi solent, ut quod amplius cepissent*[73]) *municipes, quam per Legem Falcidiam licuis-*

71) Cod. Erl. *Gargiliani.* Dieß scheint auch wohl, wie Brentman in der Geb. Ausgabe bemerkt, die wahre Leseart zu seyn *L.* 41. §. 3. *D. de legat. III.* S. *Guid.* Panciroli Thes. variar. Lection. utriusq. iur. Lib. II. cap. 74.

72) Cod. Erlang. *Cyrenensium.* Eben so Haloander, Chevallon und Baudoza. Dennoch scheint die florentinische Leseart die richtigere zu seyn. Denn *Cirtha* war eine Colonie in Numidien S. Pancirolus c. l. Auch Cujaz Observation. Lib. III. cap. 38. giebt der flor. Leseart den Vorzug. Er sagt Respublica *Cirtensium* fuit olim caput regni Masaesulorum, auctore Livio libro 30. Eben so *Lud.* Charondas ad h. L. Die florent. Leseart haben auch *Merlinus*, *Hugo a Porta*, und *Nivellius* in der Pariser Ausgabe vom Jahr 1576. beybehalten.

73) *Chevallon* und *Baudoza* accepissent.

set, redderent [74]*): verum etiam stipulati sunt, ne ea summa in alios usus converteretur, et scientes prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus aquaeductus impendi: frustra postulant reddi sibi a republica Cirtensium* [75]*), quasi plus debito dederint. Cum sit utrumque iniquum: pecuniam* [76]*), quae ad opus aquaeductus data est, repeti: et rempublicam ex corpore patrimonii sui impendere: et* [77]*) in id opus, quod totum alienae liberalitatis gloriam repraesentet. Quod si ideo repetionem eius* [78]*) pecuniae habere credunt* [79]*), quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt* [80]*): sciant, ignorantiam facti, non iuris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.* Et licet municipum mentio in hac epistola fiat, tamen et

74) Die Worte: quae interponi solent bis redderent, sind in vielen Ausgaben, als der des *Chevallon*, *Merlinus*, *Baudoza*, *Hugo a Porta*, *Nivellius*, durch eine Parenthese eingeschlossen.

75) Cod. Erl. *Cyrenensium*, auch *Hal.* und *Chev.*

76) Viele lesen *et* pecuniam. *Hal. Chev. Merlin. Miraeus*, *Baud.*

77) Cod. Erl. lieset mit Hinweglassung des Unterscheidungszeichens nach impendere, und des et, ex corpore patrimonii sui *impendere in id opus.* Dieß ist auch wohl die richtige Leseart, die sich bey *Hal. Chev. Merl. Miraeus*, und *Baudoza* findet. Gleichwohl vertheidiget *Charondas* die flor. Leseart, und meint, das *et* habe eine besondere Emphasis, und sey nicht wegzustreichen.

78) *Hal. se* eius.

79) *Hal.* dicunt.

80) *Hal. Chevall. Miraeus* sint.

in qualibet persona idem observabitur [81]): sed nec quod in opere [82]) aquaeductus relicta esse pecunia proponitur, in hunc solum casum cessare repetitionem dicendum est: nam initium constitutionis generale est: demonstrat enim, si non per errorem [83]) solutum sit fideicommissum, quod indebitum fuit, non posse repeti. Item et illa pars aeque generalis est, ut qui iuris ignorantia legis Falcidiae beneficio usi non sunt (nec) [84]) possint repetere: ut secundum hoc possit dici, etiam si pecunia, quae per fideicommissum relicta est, quaeque soluta est [85]), non ad aliquid faciendum relicta sit: et licet consumpta non sit, sed exstet apud eum, cui soluta est, cessare repetitionem.

Paulus, welcher in dem Buche, woraus dieses Fragment genommen ist, die Lehre von der iuris und facti

81) *Taurell.* ObservaVitur. Eben so *Russard.* und *Charondas.*

82) *Merlin.* und *Chevall.* in opus.

83) Cod. Erl. per errorem *facti.*

84) Das *nec*, was Taurellius hier eingeschlossen hat, fehlt in mehreren Ausgaben, als bey *Merlin. Baudoza*, und *Miraeus.* Allein daß das *nec* nicht weggelassen werden könne, bringt die vom Paulus aufgestellte Regel, und das Rescript der Kaiser mit sich, wie auch *Charondas* bemerkt hat. Haloander lieset daher ganz richtig: nec possint. Diese Leseart billigt auch Jauchius in Meditat. critic. de Negationibus Pandect. Florentin. Cap. V. nr. 22. und Cap. VI. nr. 10.

85) Cod. Erl. soluta est *quoque.*

ignorantia zum Hauptgegenstand gemacht hatte, und dessen Fragment daher das vollständigste über unsern Gegenstand ist, stellt hier die Regel mit ihren Ausnahmen auf. Der Rechtsirrthum schadet in der Regel einem Jeden, der factische Irrthum hingegen ist unschädlich. Ganz dieser Regel gemäß rescribirten daher die Kaiser Diocletian und Maximian, *L.* 10. *Cod. h. t.* daß das aus einem Rechtsirrthum indebite bezahlte Geld nicht zurückgefordert werden könne, dahingegen der factische Irrthum der Zurückforderung der Nichtschuld unnachtheilich sey. Von dieser Regel macht nun Paulus verschiedene Ausnahmen.

1) Bey den Minderjährigen. Diesen wird Rechtsunwissenheit in allen den Fällen verziehen, wo Großjährige sich nur auf factischen Irrthum berufen dürfen, jedoch mit dem Unterschiede, daß sie nicht, wie diese, der Einschränkung, im Betreff eines verschuldeten Irrthums, unterworfen sind. Paulus sagt: Minoribus viginti quinque annis *ius ignorare* permissum est. Eben so die Kaiser Honorius und Theodos [86]: Minoribus in his, quae vel praetermiserunt, vel *ignoraverunt*, innumeris auctoritatibus constat esse consultum. Dieses Vorrecht der Minderjährigen äußert sich in seiner Wirksamkeit a) beym Rechtserwerbe, und Gewinn. Hodie certo iure utimur, sagt Ulpian *lib.* XI. *ad Edictum* [87], ut et *in lucro* minoribus succurratur. Auf gleiche Weise der Kaiser Constantin [88]: Quamvis *in lucro* nec feminis ius ignorantibus subveniri

86) *L.* 8. *Cod. de in integr. restitut. minor.*

87) *L.* 7. §. 6. *D. de minorib.*

88) *L.* 11. *C. h. t.*

soleat: attamen *contra aetatem adhuc imperfectam* locum hoc non habere, retro Principum statuta declarant. Anwendungen enthalten

1) *L. 8. §. 2. D. Qui satisdare cogant.* Wenn ein Minderjähriger aus Rechtsunwissenheit einen unfähigen Bürgen für einen fähigen hielt, und die cautio iudicatum solvi im Prozeße durch ihn bestellen ließ, so kann er eine nochmalige Sicherheitsbestellung verlangen.

2) *L. 1. C. de in integr. restit. minor. L. 1. et 2. C. Si ut omissam hereditatem L. 2. Cod. de iur. et facti ignor. L. 10. D. de bonor. possessionib.* Versäumniße in Absicht auf Antretung der Erbschaft, oder Agnition der bon. possessio, oder Anstellung der Inofficiositätsklage, oder Entsagung einer Erbschaft aus rechtlichem Irrthum schadet Minderjährigen nichts [89].

b) Bey Erfüllung einer obligatio ohne Rechtsnothwendigkeit. Die Anwendung enthält *L. 2. Cod. Si adversus solution.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian folgendermassen rescribiren: Indebito legato, licet per errorem iuris a minore soluto, repetitionem ei decerni: si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est.

c) Bey Begründung einer obligatio, die sonst wegen einer ihr entgegenstehenden Einrede nicht klagbar ist. Z. B. wenn ein Minderjähriger aus Rechtsunwissenheit einem großjährigen filiusfamilias baar Geld creditirt hat, so kann ihm die exceptio SCti Macedoniani nicht ent-

89) S. *Jac.* Gothofredus Comment. ad L. 3. Cod. Theod. de integri restitut. Tom. I. Lib. II. Tit. 16. pag. 187. edit. *Ritt.*

gegengesetzt werden, wie Paulus dieses Beyspiel selbst anführt.

d) bey Verbrechen, welche einen Dolus voraussetzen, und nicht schon in dem ius gentium für Verbrechen erklärt sind, wie z. B. Diebstahl, Ehebruch u. dgl., sondern blos im Civilrecht verboten sind, wie z. B. das Verbrechen des Incests, der Prävarication, der Zolldefraudation u. dgl. Hieher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 9. §. 5. *D. de minorib.* ULPIANUS *libro XI. ad Edictum.* Nunc videndum, minoribus utrum in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus, utputa dolo aliquid minor fecit in re deposita, vel commodata, vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? et placet, *in delictis minoribus non subveniri*: nec hic itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit, vel damnum iniuria dedit, non ei subvenietur.

L. 38. §. 4. *D. ad Leg. Jul. de adulter.* PAPINIANUS *libro XXXVI. Quaestion.* Fratres denique Imperatores *Claudio* 90) crimen incesti *propter aetatem* remiserunt: sed distrahi coniunctionem illici-

90) So ist, statt *Claudiae*, zu lesen, wie CUJACIUS in Commentar. in h. Tit. ad L. 9. dafür hält. Denn daß hier von Mannspersonen die Rede ist, welche propter aetatem entschuldiget werden, lehrt der vorhergehende §. 3. Nonnunquam tamen et *in maribus* incesti crimina, quanquam natura graviora sunt, humanius, quam adulterii, tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit.

tam iusserunt, cum alias *adulterii crimen*, *quod pubertate delinquitur*, non excusetur aetate [91]).

L. 1. §. 10. *in fin. D. ad SCtum Turpill.* Marcianus *libro sing. ad SCtum Turp.* Merito itaque dicendum est, omnes, *excepta muliere et minore*, nisi abolitionem petierint, in hoc Senatusconsulto incidere.

L. 9. §. 5. *D. de Minorib.* Si in commissum incidisse vectigalis dicatur, erit in integrum restitutio. Quod sic erit accipiendum, si non dolus ipsorum interveniat: caeterum cessabit restitutio.

L. 2. *Cod. Si advers. delictum.* Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. *Proculae.* Licet in delictis aetate neminem excusari constet: matri tamen, quae filiis tutorem *aetatis lubrico lapsa* non petiit, eorum minime denegari successionem convenit; cum hoc in *maioribus matribus* tantum obtineat.

Es ist demnach ein ganz allgemeiner Grundsatz für Minderjährige: ohne dolus, das heißt, ohne Bewußtseyn der Gesetzwidrigkeit ihrer Handlung, entsteht für sie kein Nachtheil, es sey von der Verbindlichkeit einen Andern zu entschädigen, oder von einer eigentlichen Strafe die Rede. Daß sie freylich, wenn von einer Imputation die Frage seyn kann, auch in einem solchen Alter stehen müssen, wo sie eines Dolus fähig sind, also puberes, oder pubertati proximi, versteht sich [92]), und selbst dann noch

91) Man sehe auch *L. 4. C. de incest. et inutil. nupt.*

92) §. 18. *I. de obligat. ex delicto. L. 13. §. 1. D. de dolo malo. L. 4. §. 26. D. de doli mali et met. except.*

bleibt der geringere Grad der Einsicht, so wie er sich von Minderjährigen nur erwarten läßt, nicht ohne Berücksichtigung [93].

2) Frauenspersonen scheinen Anfangs in Rücksicht der Rechtsunwissenheit mit den Minderjährigen fast gleiche Rechte gehabt zu haben. Sie standen sogar, wie Unmündige, unter der Tutel, wenn sie gleich schon großjährig waren [94], und die Gültigkeit aller Rechtsgeschäfte derselben war an die auctoritas ihrer Tutoren gebunden, wie bey den Unmündigen [95], weil man beyden keinen vollständigen Willen zuschrieb, und daher ihren Willensäußerungen erst alsdann juristische Bedeutung zugestand, wenn sie durch das Vollwort der Tutoren ergänzt waren [96]. Daher werden Frauenspersonen mit

93) *L.* 37. §. 1. *D. de minorib.* *L.* 1. *Cod. Si adversus delictum.* *L.* 7. *Cod. de poenis.* S. Mühlenbruch angef. Abh. §. 9. S. 440. und Kleinschrod syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 88.

94) Cicero *pro Murena.* Cap. 12. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt. Ulpianus *Fragm. XI.* 1. Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis. Sed masculis quidem impuberibus, — feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam.

95) Livius. XXXIV. 2. Maiores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas *sine auctore* voluerunt.

96) S. von Savigny Beytrag zur Geschichte der Geschlechtstutel (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft). 3. B. 3. H. Nr. X. und von Löhr von der Tutel über Weiber, ihrem Zweck,

Minderjährigen auch häufig zusammengestellt. Vorzüglich geschieht dieses bey der Excusation gegen die nachtheiligen Folgen der Verbrechen, welche blos das Civilrecht dafür erklärt. So lehrt Papinian *libro XXXVI. Quaestionum* [97]), daß beym Incest das Geschlecht so gut, wie das Alter zur Entschuldigung gereichen solle. Incestum autem, sagt er, quod per illicitam matrimonii coniunctionem admittitur, excusari solet *sexu vel aetate*, vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit: utique si *error* allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit. Und noch vorher [98]) heißt es: Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares, sustinebit, cum incestum *iure gentium* prohibitum admiserit: nam si *sola iuris nostri observatio* interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata. Ein Gleiches geschieht vom Marcian bey dem Verbrechen der Prävarication. Frauenspersonen sind hier so gut, als Minderjährige, von den Nachtheilen entbunden, welche das SCtum Turpillianum dem Ankläger drohete, welcher die Anklage ohne Abolition wieder aufgiebt [99]). Eben so soll nach der Lehre des Callistratus [100]) die Tochter, welche auf Geheiß der Mutter für sich selbst ein Legat in dem Testamente derselben schreibt,

ihrer Fortbildung und dem Verschwinden derselben (in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgeg. von Grolman u. Löhr). 3. B. 4. St. Nr. XII.

97) *L. 38. §. 7. D. ad L. Jul. de adulter.*

98) *L. 38. cit. §. 2.*

99) *L. 1. §. 10. D. ad SCtum Turpill.*

100) *L. 15. §. 5. D. de Lege Cornelia de falsis.*

von der Lex Cornelia frey seyn. Ja die Kaiser Honorius und Theodosius verordneten sogar ganz allgemein [1]. Et *mulieribus* et *minoribus* in his, quae vel praetermiserint, vel ignoraverint, innumeris auctoritatibus constat esse consultum. Daß auch wirklich den Frauenspersonen, wenn sie die Ergreifung genügender Maasregeln zur Sicherung des Ihrigen versäumt haben, eben so, wie den Minderjährigen, die Rechtsunwissenheit zu statten komme, um dagegen Restitution zu erhalten, behauptete selbst unser Paulus, wenn er *libro XIV. ad Edictum* [2] sagt: Si servus inveniatur, qui, antequam iudicium accipiatur, fideiussit iudicatum solvi: succurrendum est actori, ut ex integro caveatur. *Minori* quoque *viginti quinque annis* succurrendum est: fortasse et *mulieri* propter imperitiam. Dennoch läßt sich nicht beweisen, daß eine völlige Rechtsgleichheit zwischen Frauenspersonen und Minderjährigen zu irgend einer Zeit Statt gefunden habe, so nahe sich auch beyde einander gekommen sind. Schon Papinian [3] sagt, in Fällen, wo es blos darauf abgesehen sey, einen Gewinn zu machen, gereiche den Frauenspersonen die Unkunde des Rechts zu keiner Entschuldigung. Sie schadet ihnen daher ohne Zweifel, wenn sie die bonorum possessio binnen der gesetzlichen Frist nachzusuchen unterlassen haben [4]. Da hingegen den Minderjährigen auch in diesen Fällen die Unwissenheit des Rechts ganz unschädlich ist, wie dieser Vorzug der Minderjährigen auch in einer

1) *L. 3. Cod. Theod. II. 17. de integri restitut.*

2) *L. 8. §. 2. D. Qui sadisdare cogant.*

3) *L. 8. D. h. t.*

4) *L. 3. Cod. h. t.*

schon oben vorgekommenen eignen Constitution des Kaisers Constantin [5]) ausgezeichnet wird, ob wohl auch hier zuweilen dem weiblichen Geschlechte Nachsicht gestattet wurde, wenn sich z. B. eine Frauensperson aus Irrthum als eine solche Person beym Fiscus angegeben hatte, welche nicht das Ganze aus einem Testamente erhalten könne, wo ihr der Rechtsirrthum unnachtheilig seyn soll [6]). In dieser Hinsicht sagt also Paulus von Minderjährigen ganz allgemein, daß ihnen die Unwissenheit des Rechts nicht zugerechnet werde, von den Frauenspersonen aber; daß ihnen nicht eben so, sondern nur in gewißen Fällen, (in quibusdam causis) die Rechtsurkunde unnachtheilig sey, jedoch in Ansehung beyder unter der ausdrücklichen Einschränkung, wenn kein Verbrechen dabey obwaltet, sondern sie durch Unwissenheit des Rechts Schaden leiden. In den Basiliken [7]) heißt es: *ἡ δὲ τοῦ νόμου (ἄγνοια) πάντας (βλάπτει) πλὴν τῶν ἀφηλίκων, κάι ἔν τισι τῶν γυναικῶν, ἔνθα μὴ ἔστιν ἁμάρτημα, ἀλλὰ νόμου ἄγνοια.* Da sie jedoch entschuldiget sind, wenn sie blos gegen Verbote des Civilrechts gehandelt haben, so können die Worte: *sicubi non est delictum*, nur von solchen Verbrechen verstanden werden, welche schon das natürliche Recht verbietet, wie z. B. Diebstahl, Ehebruch u. dgl. Denn die Unwissenheit des natürlichen Rechts entschuldiget Niemanden [8]). Hatten nun gleich die Kaiser Honorius und Theodosius in der oben angeführten

5) *L.* 11. *Cod. eodem.*

6) *L.* 2. §. 7. *D. de iure fisci.*

7) Tom. I. pag. 96. Const. 9. pr.

8) S. Cujacius ad L. 9. pr. D. h. t. in *Operib.* Tom. IV. P. I. pag. 936.

Constitution aus dem Jahre 414 die Frauenspersonen und Minderjährigen ohne Unterschied in eine Klasse gesetzt, so bestimmten doch die Kaiser **Leo** und **Anthemius** in einer Constitution aus dem Jahre 469 [9]), dieses genauer dahin, daß den Frauenspersonen, nicht wegen eines jeden Nachtheils, den sie durch Versäumniß oder Rechtsunkunde sich zugezogen haben, sondern nur in den durch frühere Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen, eine Rechtshülfe angedeihen solle. Ne passim liceat mulieribus, so lauten die Worte derselben, omnes suos contractus retractare, in his, quae praetermiserint vel ignoraverint: statuimus, si *per ignorantiam iuris* damnum aliquod circa ius, vel substantiam suam patiantur, *in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.* In Gemäßheit dieser Constitution haben daher auch die Verfasser des Justinianeischen Codex die Worte *et mulieribus* aus der oben angeführten Verordnung der Kaiser **Honorius** und **Theodosius** weggelassen, und sie blos auf minores beschränkt, wie aus *L.* 8. *Cod. de in integr. restitut. minor.* erhellet. Zu den Ausnahmen, wo die Rechtsunwissenheit den Frauenspersonen verziehen wird, gehören noch folgende: 1) Es soll einer schwangern Frau nicht zum Nachtheil gereichen, wenn sie aus Rechtsunkunde die gegen Unterschiebung fremder Kinder, oder zur Verhütung eines sonst möglichen Betrugs gesetzlich angeordneten Maaßregeln unterläßt, oder sich ihnen widersetzt [10]).

9) *L. ult. Cod. h. t.*

10) *L.* 2. §. 1. *D. de inspiciendo ventre.* Julianus *libr. XXIV. Digestor.* Sed hoc aliquando remittere Prae-

2) Es soll den Frauenspersonen unschädlich seyn, mithin die deshalb angeordnete Pönalklage gegen sie nicht Statt finden, wenn sie die Edition der Rechnungen und Urkunden verweigern [11]). Sie können ferner 3) eine nach vorhergegangener Intercession aus Unwissenheit der ihnen deshalb zustehenden Rechtswohlthat geleistete Zahlung zurückfordern [12]). 4) Sie sind von der Last des Beweises frey, daß die Zahlung einer vermeinten Schuld, die sie als ein indebitum zurückfordern, ohne Verpflichtung geschehen sey [13]).

3) Soldaten sind in gewißer Hinsicht mehr, in gewißer Hinsicht aber auch weniger privilegirt als Frauenspersonen. Zwar sind in Ansehung derselben die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung [14]). Das Wahre aber

tor debet, si non malitia, sed *imperitia mulieris* factum fuerit, ne venter inspiceretur, aut partus custodiretur.

11) *L.* 1. §. 5. *D. de edendo.* Ulp. *lib. IV. ad Edictum.* Eis, qui ob aetatem, vel rusticitatem, vel *ob sexum* lapsi non ediderunt, vel ex alia iusta causa, subveniatur. S. den 4. Th. des Commentars. S. 286. b.

12) *L.* 9. *Cod. ad SCtum Vellejan.* Imp. Gordianus. Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen, si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, *eius Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans*, locum habet repetitio.

13) *L.* 25. §. 1. *D. de probat.* S. den 21. Th. dieses Commentars S. 387.

14) Man s. den 13. Th. dieses Commentars. §. 834. S. 130. und Hufeland's Abhandlungen aus dem Civilrecht. I. B. Nr. V. S. 237.

spricht sich in folgenden Sätzen aus. a) Soldaten sind, was den Rechtserwerb anbetrifft, auch in den Fällen privilegirt, wo blos vom Gewinn die Rede ist. Paulus führt das Beyspiel an, da ein von seinem Kriegskammeraden zum Erben eingesetzter Soldat, der noch unter väterlicher Gewalt steht, nicht weiß, daß ihm die Erbschaftsantretung auch ohne des Vaters Zustimmung freystehe. Hier soll ihm nach den kaiserlichen Verordnungen die Rechtsunkunde nicht schaden. Es ist also für ihn die Zeit der Antretung nicht abgelaufen [15]. Eine Anwendung davon auf

15) Ich habe schon oben Not. 86. S. 341. bemerkt, daß die Negation in den letzten Worten des § 1. unserer L. 9. welche in der Florentinischen und den Basiliken fehlt, nothwendig sey, und daher: et ideo ei dies aditionis NON cedit, gelesen werden müsse. Herr Prof. Mühlenbruch in der angef. Abhandlung über iuris und facti ignorantia §. 9. S. 445. Not. 73. meint jedoch, es ließe sich die florent. Leseart wohl vertheidigen, wenn man den Ausdruck *cedit dies* hier in dem Sinne nimmt, in welchem es freylich nur bey den Vermächtnißen vorkommt, nach dem gemeinen Sprachgebrauch aber auch auf eine Erbschaft bezogen werden kann. Der Sinn dieser Worte sey also der: das Recht auf die Erbschaftsantretung ist ihm erworben, er transmittirt es folglich auf seine Erben. Allein schwerlich möchte eine Stelle in unserm corpus iuris aufzuweisen seyn, wo der Ausdruck cedit dies auch bey Erbschaften in der Bedeutung, wie bey Vermächtnißen gebraucht worden sey. Was bey Vermächtnißen cessio diei heißt, ist bey den Erbschaften die delatio. *L.* 151. *D. de Verb. Signif.* Cedunt legata (προχωρεῖ τα ληγάτα) sagt THEOPHILUS in Paraphr. ad §. 20. I. de legat. cum delata (κατενεχθῇ) nobis

die bonorum possessio enthält unstreitig folgendes Rescript der Kaiser Sever und Antoninus [16]: Si Valerianus Centurio cohortis duodecimae Alpinorum ante vita decessit, quam bonorum possessionem acciperet, heres eius ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est. Es ist zwar darin von der Rechtsunwissenheit nicht ausdrücklich die Rede, sie wird vielmehr von mehreren Rechtsgelehrten [17]) von dem Falle erklärt, da ein Soldat

fuerint. *Cessio* autem (προχώρησις) est legatorum nondum perceptorum ad heredes transmissio. Allein ein Recht auf Erwerbung einer Erbschaft, welches gleich mit dem Tode des Erblaßers seinen Anfang nimmt, ist nicht so, wie die cessio diei bey Vermächtnißen, mit dem Uebergange desselben auf die Erben verbunden. Hereditas non adita non transmittitur. *L. un.* §. 5. *C. de cadac. toll.* welche Regel auch bey der Bonorum possessio gilt. S. Koch's Bonorum possessio. §. 6. S. 71. Das Recht auf Erwerbung geht also durch den vor der Antretung erfolgten Tod eben so, wie durch Versäumniß der zur Ausübung desselben gesetzten Frist verloren. Gegen den Nachtheil dieser Versäumung schützt nun unser Gesetz die Soldaten, weil ihnen die Rechtsunkunde verziehen wird. Auch die *Basilica* Tom. I. pag. 96. welche die Negation nicht haben, nehmen doch den Ausdruck *cedere* für currere, καὶ τρέχει ὁ χρόνος τῆς κληρονομίας, so wie ihn unser Paulus *L.* 1. §. 1. *et* 3. *D. h. t.* genommen hat.

16) *L.* 1. *Cod. de restit. milit.* S. *Jac.* Voorda Interpret. et Emendation. iur. Rom. Lib. II. cap. 21.

17) *Hub.* Gyphanius Explanat. difficilior. Legg. Cod. ad L. 1. cit. pag. 113.

in Dienstsachen abwesend, oder gefangen, und dadurch verhindert worden; allein da das Gesetz ganz allgemein spricht, so kann es auch von einer Rechtsunwissenheit verstanden werden. Aber auch im umgekehrten Falle, wenn Soldaten eine ihnen angefallene Erbschaft aus Unkunde des Rechts angenommen haben, ohne die gesetzliche Vorschrift im Betreff eines zu erreichenden Inventariums beobachtet zu haben, sollen sie gegen allen Nachtheil gesichert seyn. Justinian [18]) sagt ausdrücklich: scilicet ut milites, etsi *propter simplicitatem* praesentis legis subtilitatem non observarint, *in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint.* Schon vor Justinian waren Soldaten hierin nach einer Verordnung des Kaisers Gordian gegen die Folgen übereilter Erbschaftsantretung in soweit gedeckt, daß sie nicht über den Betrag der Erbschaft haften durften. Sed et veterem constitutionem non ignoramus, sagt Justinian [19]), quam Divus Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui *per ignorantiam* hereditatem adierunt: quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur. Cuius sensus ad unam praefatarum constitutionum a nobis redactus est. *Arma etenim magis, quam iura scire milites,* sacratissimus legislator existimavit [20]).

b) In Rücksicht des Prozeßes sind Soldaten darin privilegirt, daß sie Einreden, welche sie während eines

18) *L. ult. §. ult. Cod. de iure delib.*

19) *L. ult. pr. Cod. eodem.*

20) *Jo.* Voet de iure militari. Cap. VI. §. 9.

Prozeßes aus Rechtsunkunde vorzuschützen unterlassen haben, noch in der Executionsinstanz vorbringen können, sofern sie noch keine Zahlung geleistet haben; denn das schon Bezahlte kann aus diesem Grunde nicht wieder zurückgefordert werden. So rescribirt Kr. Antoninus an einen gewißen Soldaten Maximus [21]). Quamvis, cum causam tuam ageres, ignorantia iuris propter simplicitatem armatae militiae allegationes competentes omiseris: tamen si nondum satisfecisti, permitto tibi, si caeperis ex sententia conveniri, defensionibus tuis uti. Sie sind ferner bey der condictio indebiti von der Beweislast frey, daß die Zahlung, die sie zurückfordern, ohne eine vorhandene Schuld geschehen sey [22]).

c) Bey der Uebertretung von Strafgesetzen sollen sie *α)* der Strafe der Zolldefraudation nicht unterworfen seyn, wenn sie Waaren zu verzollen unterlassen haben. Man nimmt an, es sey aus Unwissenheit geschehen, deswegen soll ihnen von den Publicanis angezeigt werden, wie viel sie an Zoll zu entrichten haben [23]). *β)* Ihnen ist ferner die Strafe der Lex Cornelia erlassen, wenn sie aus Unkunde des Rechts im Testament eines Kriegskameraden auf dessen Verlangen sich selbst ein Legat geschrieben haben. Quod adhibitus ad testamentum commilitonis scribendum, so rescribirt Kr. Antoninus an einen gewißen Soldaten Gallienus [24]), iussu eius ser-

21) *L. 1. Cod. h. t.*

22) *L. 25. §. 1. D. de probat.*

23) *L. 3. Cod. IV. 61. de vectigal.* S. Voet de iure militari c. I.

24) *L. 5. Cod. de his, qui sibi adscrib. in testam.*

vum tibi adscripsisti, pro non scripto habetur, et ideo id legatum petere non potes: sed secuto tenore indulgentiae meae, poena legis Corneliae tibi remittitur, in quam credo te magis errore quam malitia incidisse. Endlich soll γ) auch den angehenden Soldaten die Unwissenheit der militärischen Disciplinargesetze nicht zum Nachtheil gereichen [25]. Nur in Ansehung des incestus iuris civilis sind Soldaten weniger begünstiget, als Frauenspersonen [26].

Die vom Paulus aufgestellte Regel über den verschiedenen Einfluß des rechtlichen und factischen Irrthums leidet nun aber eine allgemeine Modification, welche der römische Jurist nach §. 2. et 3. noch beyfügt. Nämlich factische Unwissenheit wird nur in sofern verziehen, als sie keine grobe Unachtsamkeit und sorglosen Leichtsinn verräth; eine solche träge Unachtsamkeit und Sorglosigkeit würde, sagt Paulus sehr treffend, dem zur Last fallen, welches dasjenige nicht zu wissen vorgiebt, was alle wissen. Die beygefügten Worte: scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam, verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possunt, erhalten ihre Erläuterung aus dem, was schon bey Erklärung der *L.* 6. *h. t.* bemerkt worden ist. Es fragt sich nur noch, wer hier den Beweis zu führen habe? Stellen die Gesetze in Rücksicht auf die Person

25) *L.* 4. §. 15. *D. de re militari.*

26) *L.* 11. §. 1. *D. ad Leg. Jul. de adulter.* verbunden mit *L.* 38. §. 1. *et* 2. *D. eodem.* S. Cujacius Commentar. in libr. XXXVI. Quaestion. Papiniani ad L. 38. D. ad L. Iul. de adulter. *Oper.* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 839.

oder Rechtsverhältniße irgend eine Vermuthung auf, wie z. B. bey der Zurückforderung einer Nichtschuld [27]; so hat der zu beweisen, welcher die Vermuthung gegen sich hat. Ist dieses nicht der Fall, so ist darauf zu sehen, ob derjenige, welcher den Irrthum für sich anführt, daraus ein Recht ableiten, und solches klagend verfolgen will, oder nicht, sondern sich nur von den Ansprüchen eines Andern oder einer Strafe befreien will. Im ersten Falle muß der Kläger den Irrthum, als Grund seiner Klage, nachweisen [28]. In dem letztern Falle hingegen war entweder Wissenschaft von dem Irrenden zu erwarten, oder nicht. In dem ersten Falle liegt ihm der Beweis ob [29], in dem letztern aber kann er den Beweis der Wissenschaft von seinem Gegner erwarten [30], wofern er nicht etwa die Unwissenheit als Entschuldigungsgrund gegen die sonst verwirkte Strafe vorschützt [31]. Nach dem Römischen Rechte finden zwar auch zum Beweise des Irrthums nur die ordentlichen Beweismittel Statt; allein da der Beweis in solchen Fällen schwer zu führen ist, so läßt das kanonische Recht die eidliche Bestärkung desjenigen zu, welcher sich geirrt zu haben, behauptet [32].

27) *L. 25. pr. §. 1. et 4. D. de probat.*

28) *L. 25. pr. et §. 2. D. cit. Cap. 6. X. Qui matrim. accusare possunt. Cap. 8. de elect. in VIto.*

29) *L. 7. (II. 22.) Cod. de in integr. restitut. minor. L. 37. (VII. 16.) Cod. de liberali causa.*

30) *§. 4. in fin. J. de legat. L. 6. (XII. 34.) Cod. Qui militare poss.*

31) *Cap. 4. X. de sententia excommunicat.*

32) *Cap. 4. X. de exception. Cap. 6. X. Qui matrimon. accusare poss. Cap. 4. X. de sentent. excommunicat.*

Soviel hiernächst den Rechtsirrthum anbetrifft, so ist die Regel, daß Rechtsunwissenheit nicht entschuldige, nach Labeo nur unter der Einschränkung zu verstehen, wenn der dieselbe Vorschützende eine Rechtsbelehrung hätte erhalten können, oder selbst Rechtsgelehrter ist, so daß also nur dem, welcher das Gesetz kennen konnte, seine Unwissenheit zum Nachtheil gereicht. Denn wäre keiner von beyden Fällen vorhanden, und also dem Irrenden alle Gelegenheit abgeschnitten gewesen, sich belehren zu lassen, so würde bey dem Rechtsirrthum eben so, wie bey dem factischen, die Berufung auf Unwissenheit unbedingt, und also auch selbst da Statt finden, wo der Nachtheil nur in der Entbehrung eines Gewinns besteht, den man hätte machen können [33]). Paulus billiget mit Recht diese vom Labeo aufgestellte Ausnahmen, macht aber freylich die sehr richtige Bemerkung dabey, daß diese Ausnahme selten zur Anwendung kommen werde. So ist §. 3. zu verstehen, wo Paulus sagt: Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet, aut sua prudentia instructus sit [34]), ut cui facile sit scire, ei detrimento sit

Cap. 8. *de electione in VIto.* S. Hermann von den Wirkungen des Irrthums §. 12. Anderer Meinung ist zwar Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. Band. Abh. IV. Nr. 6. Allein man sehe, was dagegen von Löhr in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. IV. Bandes. 1. Hefte. Nr. IV. S. 53—56. erinnert hat.

33) Die Anwendungen in den *L.* 10. *D. de bonor. possess.* und *L.* 2. §. 4. *D. Quis ordo in bon. poss. servet.* bestätigen dieses ganz deutlich.

34) Der griechische Scholiast in den Basilicis Tom. I. p. 106. Schol. i. fügt bey dem Wort *instructus* hinzu: Ἤτοι ὁ

iuris ignorantia: *quod raro accipiendum est*. Der ganze Zusammenhang lehrt also, daß die letzten Worte auf die ganze Modification, und nicht blos auf das unmittelbar vorher Gesagte sich beziehen [35]).

In den folgenden Paragraphen führt nun Paulus noch einige Beyspiele sowohl von der ignorantia facti als iuris an.

§. 4. Es kauft Jemand eine Sache von dem wahren Eigenthümer, den er aus Irrthum für einen Nichteigenthümer hielt. Ein solcher factischer Irrthum ist unschädlich, und steht der Erwerbung des Eigenthums nicht im Wege. Es tritt vielmehr hier die Regel ein: *plus in re est, quam in existimatione mentis* [36]). Diese Regel, daß die Wahrheit mehr gilt, als die falsche Meinung, findet jedoch nur in den Fällen Anwendung, wo die falsche Meinung dem Willen des Handelnden nicht entgegen ist, sondern das Geschäft, des Irrthums ungeachtet, dennoch von Wirkung seyn kann [37]). Dieß ist nun hier der Fall. Denn

νέος ἔχει τὸν ἐπίτροπον, ὁ ἄσωτος τὸν κουράτωρα. i. e. *vel minor tutorem habet, prodigus curatorem.*

35) S. Mühlenbruch Ueber iuris und facti ignorantia. §. 4. S. 382. Not. 59.

36) Diese Regel wird in mehreren ähnlichen Fällen angewendet. §. 11. *J. de legat.* *L.* 2. §. 15. *pro emtore.* *L.* 4. §. 1. *D. de manumiss. vind.*

37) Vinnius in Commentar. ad §. 11. I. de legatis nr. 2. sagt: Regula, *plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione*, locum tantum in iis casibus habet, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit et possit id, in quo errat. Oder wie *Franc.* Balduinus in Commentar. ad eundem §. pag. 33. sagt: Ubi

da der Verkäufer wirklich Eigenthümer war, so war zur Erwerbung des Eigenthums eine Usucapion überflüßig. Das Eigenthum gieng also durch die Tradition auf den Käufer über, weil es der Verkäufer übertragen konnte und wollte, und der Käufer, seines Irrwahns ungeachtet, dennoch die Absicht hatte, sich die Sache zuzueignen. Bey solchen Handlungen hingegen, welche einen ernstlichen Willen und feste Entschließung des Handelnden erfordern, die durch die falsche Vorstellung des Handelnden gehindert wird, gilt die entgegengesetzte Regel [38]), wie z. B. bey der Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft. Hier heißt es, wie Ulpian [39]) sagt: *Plus est in opinione, quam in veritate* [40]).

In den folgenden §. 3. führt Paulus auch ein Beyspiel von einem Rechtsirrthum an, um daran die nachtheilige Folge desselben zu zeigen. Nämlich wenn der Erbe aus

non minus suffragari videtur veritati, quam opinioni voluntas: et id quod agitur, veritatis nomine sustinetur, quod alioqui opinionis error subverteret. Man sehe auch *Ev.* Otto und *Jan. a* Costa Comm. ad §. eund. Institut.

38) Vinnius c. l. In iis vero actibus, qui *ab animo* aestimantur et pendent, *certumque propositum gerentis* requirunt, cuiusmodi sunt aditio et repudiatio hereditatis, contraria regula probata est, placetque, *plus valere, quod est in opinione, quam in veritate. L. 16. et 18. juncta L. 19. D. de acquir. heredit.* Und Bachovius in Comm. ad Inst. c. l. At ubi pugnat cum voluntate opinio, non potest non opinionis errore subverti, quod a certa pendet voluntate.

39) *L. 15. D. de acquir. vel omitt. hered.*

40) S. die Erklärung der *L. 3. D. h. t.* oben S. 285. f.

Unwissenheit des Rechts den Abzug der quarta Falcidia unterläßt. Daß hier das Zuvielbezahlte nicht zurückgefordert werden könne, bestärkt er nicht nur durch ein Rescript des Divus Pius, sondern er führt auch noch ein anderes von den Kaisern Severus und Antoninus wörtlich an. Es betrifft folgenden Fall. Ein gewißer Testirer Gargilianus hatte der Stadt Cirtha in Numidien eine gewiße Summe vermacht, zur Anlegung einer Wasserleitung. Ob nun gleich auch legata Reipublicae relicta dem Abzuge der Falcidie unterworfen sind[41]; so hatten dennoch die Erben desselben aus Unkunde der Rechte das ganze Vermächtniß der Stadt ohne Abzug ausgezahlt, und blos von dem Curator der Stadt sich Caution leisten lassen, das das Geld zu keinem andern Zweck, als zu dem eines Aquäducts, verwendet werden solle; die sonst gewöhnliche Caution hingegen, welche geleistet zu werden pflegt, wenn es in einem gewißen Falle noch zweifelhaft ist, ob die Falcidie Statt finde, daß nämlich dasjenige, was über die Lex Falcidia bezahlt worden, zurückgegeben werden solle, hatten sie nicht verlangt. Das Geld wurde auch nachher zu einer Wasserleitung wirklich verwendet, und der Name des Erblaßers, als Stifters dieses Werks, zierte die Fronte desselben[42]. Nun entstand die Frage, ob nicht die Erben, welche unterdessen ihren Rechtsirrthum eingesehen hatten, das, was sie über die Falcidie bezahlt hatten, zurückfordern könnten? Die Kaiser rescribirten, eine Zurückforderung finde in dem gegenwärtigen Falle nicht Statt. Warum? Ihr Entscheidungsgrund ist, es sey unbillig, das Geld zurückfordern zu wollen, was doch nach der Absicht des Erblaßers zum

41) *L. 1. §. 5. D. ad Leg. Falcid.*

42) *L. 2. D. de operib. public.*

Werk einer öffentlichen Wasserleitung einmal bestimmt war; und daß ein Werk mit fremden Namen prange, und eine fremde Freygebigkeit preise, welches doch mit öffentlichem Gelde erbauet worden sey. Ueberdem sollen die Erben wissen, daß zwar ein thatsächlicher Irrthum zur Zurückforderung berechtige, aber kein Rechtsirrthum, denn auf einen solchen sich zu berufen, sey Thorheit [43]). Paulus macht hierbey noch die Bemerkung, daß wenn gleich das Rescript einen besondern Fall entscheide, dennoch die Entscheidung nicht auf diesen zu beschränken sey. Denn der Eingang des Rescripts enthalte den allgemeinen Satz, wenn ein Fideicommiß nicht aus einem factischen Irrthum ohne Rechtsverbindlichkeit bezahlt worden ist, so finde keine Zurückforderung Statt. Auch der Schluß des Rescripts stelle eine ganz allgemeine Rechtsregel auf, daß nur factischer Irrthum, aber nicht Unwissenheit des Rechts unschädlich sey, und wende sie auf den Erben an, der aus Unwissenheit des Rechts sich der Wohlthat des Falcidischen Gesetzes nicht bedient hat, und daher nichts weiter zurückfordern könne [44]). In Gemäßheit dieser Regel kommt es denn auch gar nicht weiter darauf an, ob das als Vermächtniß ausgezahlte Geld zu einem bestimmten Zweck vermacht worden, oder nicht, und wenn es auch noch nicht ausgegeben, sondern bey dem noch vorhanden seyn sollte, dem es bezahlt worden ist; die Zurückforderung fällt in dem einen, wie in dem

43) S. Cujacius in Comment. in h. Tit. Dig. ad h. L. *Oper.* Tom. IV. P. I. pag. 938.

44) Ein schöner Beleg zu den oben S. 339 gemachten Bemerkung. S. auch Donellus Commentar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. *Jo. Lud.* Conradi Observation. iuris civ. Vol. I. §. 12. pag. 68.

andern Falle, weg. Es widerlegt sich hierdurch die Behauptung mehrerer älterer Rechtsgelehrten [45]), daß die Lex Falcidia dem Erben wegen der ihm gebührenden Quarte nur ein Retentionsrecht, aber kein Klagerecht gestattet habe, und daß letzteres erst durch Justinian demselben gegeben worden sey [46]). Denn auch davon abgesehen, daß Justinian in der unten angeführten Constitution weder von Legaten, noch von einem neuen Rechtsmittel wegen der Falcidischen Quarte redet, sondern blos das Recht der Falcidie, welches schon längst vorher bey Schenkungen von Todes wegen gegolten hatte, blos auf mortis causa capiones anwendet; so ist in der That nicht zu begreifen, wie hier auf den Unterschied zwischen iuris und facti noch etwas ankommen konnte, wenn dem Erben, außer dem Falle, wo das Interdictum quod legatorum begründet war, kein Zurückforderungsrecht des zu viel Gezahlten zugestanden hätte. Es fehlt auch nicht an deutlichen Gesetzstellen [47]), welche dem Erben das Vindicationsrecht wegen der Falcidie gestatten. Und so zerfällt denn auch die Meinung mehrerer Rechtsgelehrten [48]) in ihr

45) CUJACIUS Observation. Lib. VIII. cap. 2. RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 5.

46) *L.* 18. *C. ad Legem Falcidiam.*

47) *L.* 76. §. 1. *D. de rei vindicat.* *L.* 1. §. 11. *L.* 26. *pr. D. ad Leg. Falcid.* Die Meinung des Cujaz ist auch schon längst von BACHOVIUS in Not. et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Disp. XIV. Th. IV. p. 867. und *Jac.* VOORDA in Commentar. ad Legem Falcidiam Cap. XIII. §. 3. widerlegt. Man sehe auch Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1344 — §. 1347.

48) RANCHINUS c. l. und *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. VII. cap. 7.

Nichts, daß Justinian das vom Paulus hier vorgetragene Recht aufgehoben habe, und nun selbst der Rechtsirrthum den Erben nicht mehr hindere, das über die Falcidie Bezahlte zurückzufordern. Denn wie hätte Justinian die Verordnung des Kaisers Gordian *L. 9. Cod. ad Legem Falcidiam*, welche in den Worten: Error facti *quartae ex causa fideicommissi non retentae* repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens, se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet, *quin etiam si ius ignoraverit, cessat repetitio*; den Unterschied zwischen error facti und iuris in Beziehung auf die Falcidie noch so genau bestimmt, unabgeändert in seinen Codex aufnehmen können, wenn er dieses Gesetz aufgehoben hätte? Gewiß Niemand wird dieses im Ernst glauben, der Justinians Maxime bey Abänderung des ältern Rechts kennt [49].

Ich schließe die Erklärung dieses wichtigen Gesetzes mit der Bemerkung, daß in den Fällen, wo der Irrthum dem Irrenden verziehen wird, ihm, wo nicht deshalb eine ordentliche Klage, wie z. B. die condictio indebiti, Statt findet, durch eine restitutio in integrum geholfen werden kann [50].

49) *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 31. und PÜTTMANN Interpretion. et Observation. iuris Rom. Cap. 34.

50) *L. 2. D. de in integr. restitut. L. 1. §. 6. et L. 2. D. Quod falso tut. auct.* DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de restitutionib. in integrum. pag. 360. sq. von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung. 4. Bandes, 1. Heft. S. 53.

L. 10. PAPINIANUS *Libro VI. Responsorum.*

Impuberes sine tutore agentes, nihil posse[51]) scire intelliguntur.

Alle Nachtheile, welche Irrthum und Unwissenheit sonst zur Folge haben, fallen bey den Handlungen derjenigen Personen weg, welche die Gesetze für willenlos erklären, gesetzt auch, daß diese Personen mit vollem Bewustseyn gehandelt hätten. Papinian rechnet dahin Unmündige, welche ohne ihren Vormund handeln. Es kann jedoch hier nur von solchen Handlungen die Rede seyn, welche an sich erlaubt sind. Denn in Beziehung auf unerlaubte Handlungen werden pubertati proximi schon eines Dolus fähig gehalten[52]). Von diesen gilt, was Paulus[53]) sagt: Pupillus, ubi ex re actio venit, obligatus etiam *sine tutoris auctoritate.*

51) Cod. Erlang. posse *de facto vel de iure scire.* Eben so Haloander, Miräus, Baudoza, und Merlinus. Russard macht dabey die Bemerkung: Haec verba ex margine in contextum irrepsisse, glossa *Accursii* indicat. Brenkmann bemerkt ferner in der Göttinger Ausgabe, daß in den florentinischen Pandecten nihil posse *vel* scire gelesen werde. Diese Leseart fand er auch noch in fünf andern von ihm daselbst genannten Manuscripten. Ich bemerke noch, daß unter meinen Ausgaben, die ich verglichen habe, blos Claud. Chevallon nihil posse *vel* scire intelliguntur lieset. Diese Leseart bestärken auch die *Basilica* Tom. I. p. 97. Οἱ ἄνηβοι χωρὶς τῶν ἐπιτρόπων πράττοντες, οὐδὲν δοκοῦσι δυνάσθαι, ἢ γινώσκειν.

52) *L.* 111. *D. de reg. iur.* *L.* 13. §. 1. *D. de dolo.* *L.* 4. §. 26. *D. de doli mali et met. exc.*

53) *L.* 46. *D. de obligat. et action.*

Papinian scheint nun hier vorzüglich auf diejenigen Handlungen Rücksicht genommen zu haben, bey denen es auf das scire und posse vorzüglich ankommt, und wo die dabey vorkommenden Zeitfristen utiliter berechnet werden. Dieß ist besonders der Fall bey der cretio oder aditio hereditatis und admissio bonorum possessionis, worauf auch der griechische Scholiast [54]) in den Basiliken, und Cujaz [55]) den Ausspruch Papinians anwenden. Denn die feierlichen Worte der Cretion waren: *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus* SCIERIS POTERISQUE; *nisi ita creveris, exheres esto* [56]). Eben so sind die Tage, binnen welchen die bonorum possessio zu suchen ist, dies utiles, scilicet *ut per singulos dies et* SCIERIT *et* POTUERIT *admittere bonorum possessionem*, wie Ulpian [57]) sagt. Hierauf geht denn auch das Rescript der Kaiser Severus und Antoninus *L. 2. Cod. Qui admitti ad bonor. possess. possunt:* Si bonorum possessio tibi duntaxat competit proximitatis nomine, habuisti spatium *centum dierum utilium*, ex quo defunctum *scisti*, ad bonorum possessionem amplectendam. Diese Tage können nun einem Pupillen nicht verrinnen, der keinen Tutor zur Seite hat, mit dessen Auctorität er die Erbschaft antreten oder die bonorum possessio suchen kann, quia impu-

54) Tom. I. Lib. II. Tit. 4. Schol. n. pag. 100.

55) Commentar. in Libr. VI. Responsor. Papiniani ad L. ult. D. h. t. *Operum* a FABROTO editor. Tom. I. pag. 224.

56) S. ULPIAN. *Fragm. Tit. XXII.* §. 27.

57) *L. 2. pr. D. Quis ordo in possess. servetur.*

heres sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur; oder wie sich Paulus *libro II. ad Sabinum*[58]) ausdrückt: *Neque enim scire neque decernere talis aetas potest.* Eben dieses bestätigt Ulpian, wenn er *libro I. ad Sabinum*[59]) sagt: Impubes nec bonorum possessionem admittere, nec iudicium *sine tutoris auctoritate* accipere potest. Weil jedoch der Vormund für den Mündel, so wie der Vater für sein Kind, die bonorum possessio bitten kann, so macht die Wissenschaft des Vormunds oder Vaters, daß der Lauf der Tage beginnt, binnen welchen die bonorum possessio gesucht werden muß. Eben dieses lehrt Ulpian, wenn er am angeführten Orte sagt: Quia tutor pupillo, et pater infanti filio bonorum possessionem petere possunt, dies, *quibus tutor aut pater scit*, cedere placet[60]). Es fragt sich nur, wie dieses zu verstehen sey? Schadet etwa die Wissenschaft des Vormunds dem Pupillen? Cujaz[61])

58) *L. 9. D. de acquir. vel omitt. hered.*

59) *L. 7. §. 1. D. de bonor. possess.*

60) Die Abtheilung dieser Stelle durch §. 2. scheint mir unrichtig zu seyn. Denn die Worte Quia tutor etc. enthalten offenbar den Grund des Nachsatzes. Das §. Zeichen muß also vor den Worten: *quia tutor* stehen. Diesen Fehler der Interpunction, der sich ebenso in der Taurellischen, wie in allen übrigen Ausgaben der Pandecten findet, hat auch *Em.* Merillius Observation. libr. V. cap. 2. gerügt.

61) Commentar. in Libr. XV. Quaestion. Papiniani ad L. 1. D. de bonor. possess. furioso infanti etc. *Oper.* T. I. pag. 407. et in Libr. VI. Responsor. Papin. ad L. ult. h. t. und Observat. Lib. XIV. cap. 8.

und Corn. van Eck[62]) glauben es. Ersterer führt folgende Gründe an. Der Tutor steht mit seinem Pupillen in demselben Verhältniß, wie der Actor einer Stadt mit der respublica[63]). Denn letztere wird in den Gesetzen mit einem Pupillen verglichen[64]). Nun werde dasjenige, was die Vorsteher einer Stadt wissen, für die eigene Wissenschaft der Bürger derselben gehalten[65]). Den Bürgern fingen daher die Tage zu laufen an, da die Vorsteher gewußt, daß der Stadt die bonorum possessio deferirt sey. Gerade so verhalte sich's auch mit den Vormündern, deren Wissenschaft auch in mehreren andern Fällen den Pupillen schade[66]). Emund Merille[67]) und Ulrich Huber[68]) sind hingegen ganz anderer Meinung. Sie sagen, die Wissenschaft des Vormunds, so wie die des Vaters, schade zwar ihnen selbst, in sofern sie berechtiget sind, die bonorum possessio zu suchen; nur ihnen zum Nachtheil könne die Bittfrist ablaufen, aber dem Pupillen sey die Wissenschaft des Vormundes eben so unschädlich, wie die

62) Princip. iur. civ. sec. ord. Dig. Lib. XXXVII. Tit. 1. §. Tempus. pag. 247.

63) *L. 78. §. 2. D. de legat. II.*

64) *L. 3. C. de iure reipubl.*

65) *L. 14. D. ad municipal.*

66) *L. 4. D. de trib. act. L. 22. §. ult. D. de liber. causa. L. 4. §. 23. D. de doli mali et met. except.*

67) Observat. Lib. V. cap. 2. et Variant. ex Cujacio. Lib. I. cap. 43. Man sehe jedoch *Osius* Aurelius ad Merillium Dispunct. 43. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. III. pag. 796.)

68) Praelect. iur. civ. ad Pand. Tom. II. Lib. XXXVII. Tit. 3.

Wissenschaft des Vaters dem Hauskinde. Diese letztere Meinung, welcher auch Voet[69]) beystimmt, verdient wohl unstreitig den Vorzug, und hat sowohl die oben von Terentius Clemens *L. 5. h. t.* gegebene Regel; als die *L. 1. D. de bonor. possess. furioso, infanti etc. compet.* und die *L. 3. D. Quis ordo in possession. servet.* für sich. Die Gründe des Cujaz sind auch, wenn man sie etwas genauer prüft, so scheinbar sie auch seyn mögen, leicht zu widerlegen. Papinian mag wohl das, was die *L. 14. D. ad municipalem* enthält, in Beziehung auf das Gesuch der bonorum possessio gesagt haben, wie daraus sich abnehmen läßt, daß die *L. 1. D. de bonor. possess. furioso, infanti etc. compet.* aus demselben *libro XV. Quaestionum* Papiniani genommen ist. Allein gerade darin liegt der Beweis gegen Cujaz. Papinian stellt darin den Grundsatz auf: Spatium temporis petendae bonorum possessioni praefinitum, *scientibus* tantum cedit. Deswegen verfließe diese Zeitfrist weder einem Wahnsinnigen noch einem Infans, welches noch unter der väterlichen Gewalt steht, obgleich der Curator, und der Vater hätte bonorum possessio bitten können. Gesetzt nun, bey den Städten hätte eine Ausnahme Statt gefunden, so kann doch diese nicht auf Pupillen ausgedehnt werden, weil ja sonst Papinian mit sich selbst im Widerspruche gewesen wäre, welcher in unserer *L. ult. h. t.* sagt: Impuberes sine tutore agentes *nihil scire* intelliguntur. Weiß nun auch der Vormund, die bonorum possessio sey dem Pupillen deferirt, so kann man

69) Voet Comm. ad Pand. Lib. XXXVII. Tit. 1. §. 5. Man sehe auch Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XLI. §. 9.

doch unmöglich sagen, impuberes cum tutore agentes scire videntur. Denn es ist ja hier die Frage von einer versäumten Bittfrist, also von einem unterlassenen Gesuch der bonorum possessio! Nach dem Ausspruche des Paulus [70]) soll auch in Ansehung der Zeitfristen bey der bonorum possessio die Wissenschaft des Vaters dem Sohne nicht schaden; warum nun die Wissenschaft des Vormundes dem Pupillen? beyde setzt ja Ulpian [71]) in eine Classe. Unmöglich kann es also auf den Pupillen gehen, wenn letzter sagt: dies, *quibus tutor scit*, cedere placet, denn sonst müßte es auch auf den Sohn gehen, weil es heißt, quibus tutor *aut pater* scit. Die Worte *aut pater* aber mit Cujaz [72]) als verba supposititia wegzustreichen, wird wohl Niemand billigen. Es scheint auch damit dem Cujaz kein rechter Ernst gewesen zu seyn. Denn in seinem Commentar über *L.* 3. *D. Quis ordo in bon. poss.* [73]) sagt er: Nec obstat Legi 3. *L.* 7. *§. ult. D. de bon. poss.* quae ait, dies, *quibus pater scit*, cedere, neque enim dicit eos cedere *filio*: fateor eos cedere *patri*, maxime si filius infans sit, quia infantis nomine pater solus accipere aut repudiare bonorum possessionem potest, non cedunt tamen *filio*. Et ideo si filius antequam scierit, se heredem scriptum esse, emancipatus sit, postea cognito testamento petere bonorum possessionem potest, etiamsi 100. dies praeterierint. Wenn nun gleich

70) *L.* 3. *D. Quis ordo in possess. servet.*

71) *L.* 7. §. *ult. D. de bonor poss.*

72) Observat. Lib. XIV. cap. 8.

73) Commentar. in Lib. XLIV. *Pauli* ad Edictum. *Oper.* a Fabroto editor. Tom. II. pag. 666.

Papinian [74]) an einem andern Orte die Vormünder den Vorgesetzten einer Stadtgemeinheit gleichsetzt, wenn letztere sich bey Auszahlung der Vermächtniße, mit denen die Stadt beauflagt war, einer ungebührlichen Verzögerung schuldig gemacht haben, und zwar die Gemeinde die Folge dieses Verzugs tragen, sich aber der Entschädigung wegen an ihre Vorsteher halten soll; so folgt doch daraus noch nicht, daß die Wissenschaft der Tutoren beym Gesuche der bonorum possessio den Pupillen nachtheilig sey. Es würde daraus nur folgen, daß Tutoren ihren Pupillen für den Schaden zu haften haben, in welchen ihre Pupillen durch ihre Schuld gesetzt worden sind. Auf jeden Fall aber würde bey Versäumnißen, welche von den Tutoren verschuldet worden sind, den Pupillen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten kommen, ohne erst gegen den Vormund klagen zu dürfen [75]).

74) *L. 78. §. 2. D. de legat. II.*

75) *L. 3. Cod. Si tutor vel curator intervenerit.* S. den 5. Th. dieses Commentars §. 436. S. 421.

Lib. XXIII. Tit. I.

De sponsalibus.

§. 1190.

Uebersicht der Lehre vom Eherecht. Begrif der Sponsalien.

Das Eherecht, als ein Inbegriff derjenigen Gesetze betrachtet, wodurch die Rechte und Pflichten in Rücksicht der ehelichen Gesellschaft bestimmt werden, verdient nicht nur wegen der verschiedenen und wichtigen Beziehung, den der Ehestand sowohl auf den Staat als auf die Kirche hat [76]), sondern auch wegen der eigenen Beschaffenheit und Verschiedenheit der in Teutschland geltenden Ehegesetze, als eine besondere Wissenschaft, in ihrem eignen Zusammenhange vorgetragen zu werden. Es würde daher eine ganz fehlerhafte Behandlung dieser wichtigen Materie seyn, sie blos allein nach den Grundsätzen des Römischen Rechts vorzutragen, ohne zugleich auf das Canonische Recht, und die übrigen in Teutschland geltenden Ehegesetze Rücksicht zu nehmen. In diesem Umfange ist auch

76) S. *Car.* KÜSTNER Diss. de matrimonio atque ratione, quae ei cum civitate atque ecclesia intercedit, spectato imprimis Codice Napoleoneo. *Lipsiae* 1810. 4. maj.

das Eherecht schon in verschiedenen Schriften [77]) gründlich abgehandelt worden. Folgt man auch der Ordnung der Titel in den Pandecten, so läßt sich doch die Materie füglich in vier Abschnitte zertheilen, davon der erste von Schließung der Ehe, der andere von den Rechten und Wirkungen einer geschlossenen Ehe, der dritte von der Trennung der Ehe, der vierte von den Folgen und Wirkungen einer getrennten Ehe handelt.

77) *Franc.* Hottomanni Observationes de iure connubiorum hoc est, de sponsalibus et matrimoniis rite contrahendis ac dissolvendis. *Lipsiae* 4. *Alber.* Gentilis Disputationum de nuptiis libri VII. *Hanoviae* 1601. 4. *Jo. D'* Avezan Diss. de sponsalibus et matrimoniis. *Parisiis* 1661. 4. et in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 315 — 354. *Henr.* Brouwer de iure connubiorum libri duo, in quibus iura naturae, divinum, civile, canonicum, prout de nuptiis agunt, referuntur, expenduntur, explicantur. *Amstelod.* 1665. 4. und *editio secunda*, emendata et insigniter aucta, *Delphis* 1714. 4. maj. *Christ. Ulr.* Grupen Tract. de uxore Romana. *Hanoverae* 1727. 8. Desselbe, de uxore Theotisca, von der teutschen Frau Göttingen 1748. 4. Traité du Contrat de mariage par Mr. Pothier. *Paris* 1767. 2. Volum. 12. *Code matrimonial*, ou recueil complet de toutes les Loix canoniques et civiles etc. avec une notice des Auteurs les plus celebres sur ces memes questions et des recherches sur le naissances tardives. *Paris* 1770. 2. Vol. in 4. *Ge. Henr.* Ayrer Diss. de iure connubiorum apud Romanos. *Gott.* 1736. 4. Außerdem sind noch zu bemerken: *Jac.* Cujacii in librum IV. Decretalium de sponsalibus et matrimoniis recitationes solemnes. (*Oper. postumor.* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 295. usq. ad fin.) *Eman.* Gonzalez Tellez Commentar. in librum IV. Decretal.

D.
Von Schließung der Ehe.

Hier kommt es auf drey Puncte an. 1) Wie wird die Ehe vorbereitet? 2) Wie wird sie geschlossen? 3) Wie wird sie vollzogen?

Vorbereitet wird die Ehe durch das Verlöbniß, welches der Ehe vorauszugehen pflegt. Das Römische Recht versteht darunter den Vertrag zweyer Personen, eine Ehe künftig mit einander eingehen zu wollen. Florentinus sagt *libr. III. Institutionum* [78]): *Sponsalia* sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum; und Ulpian *libro singulari de sponsalibus* [79]) fügt noch zur Erklärung der Benennung hinzu: *Sponsalia* autem dicta sunt a *spondendo*: nam moris fuit Veteribus stipulari, et *spondere sibi uxores* futuras. Nach dieser von den Verfassern der Pandecten hier eingeschobenen Stelle, heißt es nun weiter bey Florentin [80]): Unde et *sponsi sponsaeque* appellatio nata est. So wenig die Ableitung des Worts Sponsalia von *spondere*, welches denn theils soviel heißt, als *sponte*, id est, *libere* promittere,

(Tom. IV. Commentarior in singulos Textus V. Libror. Decretal. *Gregorii IX.*) *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XIII. cap. 18—21. *Just. Henn.* Boehmer iuris ecclesiast. Protestant. Lib. IV. Tom. III. pag. 1075—1340. et Tom. IV. pag. 77—512. Aug. Lud. Schott Einleitung in das Eherecht. Nürnberg 1786. 8. Ebendas. 1802 8. Joh. Andr. Hoffmann Handbuch des teutschen Eherechts. Jena 1789. 8.

78) *L. 1. D. h. t.*

79) *L. 2. D. eod.*

80) *L. 3. D. h. t.*

theils, in Beziehung auf Stipulation, etwas auf eine feyerliche Art, einer vorhergegangenen Frage gemäß, versprechen [81]), einigem Zweifel unterworfen ist; so verschieden erklärt man sich den Begriff, welchen Florentinus von Sponsalien giebt, obwohl das Wesen eines Verlöbnisses, als einer getroffenen Uebereinkunft, die dereinstige Schließung einer Ehe bezweckend, daraus deutlich genug hervorgeht. Cujaz [82]) erklärt das Wort *mentio* durch das griechische Wort *μνηστεία*, welches soviel als promissio heißt, und *repromissio* versteht er von einer nuda cautio sine satisdatione. Wesenbec [83]) will hingegen das Wort mentio, als überflüssig, ganz weggestrichen wissen, und so lesen: *Sponsalia* sunt mutua repromissio futurarum nuptiarum. *Repromissio* aber erklärt er von einer gegenseitigen Stipulation. Allein schon der Ausdruck repromissio hätte ihn überzeugen können, daß ein Act vorausgehen mußte. Brouwer [84]) vertheidigt zwar mit Recht die Aechtheit der Leseart, versteht aber unter *mentio* den Antrag zur Schließung einer Ehe, oder die Unterhandlungen, welche dem Verlöbniß vorauszugehen pflegen, was man Anwerbung, oder Ehewerbung nennt; *repromissio* aber erklärt er von der erfolgten Zusage, welche man auch das Jawort nennt.

81) Varro *de lingua Lat. Lib. IV. L. 7. D. de Verb. Signif.* S. Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 1. nr. 2—7.

82) Recitat. solemn. ad Tit. 1. Libri XXIII. Dig. de sponsalib. (*Oper.* Tom. IV. P. I. pag. 939.)

83) Commentar. in Pandect. iuris civ. h. t. nr. 2.

84) Cit. loc. nr. 11. pag. 5.

Die meisten Rechtsgelehrten [85]) sind indessen darin einverstanden, daß die Definition des Florentinus sich auf den bey den Sponsalien ehemals üblich gewesenen mos uxores stipulandi et spondendi beziehe, und mentio die auf die geschehene Frage des Einen erfolgte Zusage der Ehe von Seiten des Andern, und repromissio die darauf erfolgte Restipulation, bedeute. Diese Erklärung hat theils die *L.* 2. *D. h. t.* theils die Stelle des Gellius [86]) für sich, welcher jenen alten Ritus aus dem Servius Sulpicius auf folgende Art beschreibt. "*Sponsalia* in ea parte Italiae, quae *Latium* appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: *Qui uxorem,* inquit, *ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium ductum iri; cui daturus erat, itidem spondebat daturum. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia. Tum, quae promissa erat, sponsa* [87]) *appellabatur, qui spoponderat ducturum, sponsus. Sed si post eas stipulationes uxor*

85) *Franc.* Duarenus in libr. XXIV. Digestor. Commentar. de sponsalibus. cap. 1. *Oper.* p. 242. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 483. *Ge. Henr.* Ayrer de iure connubior. apud Hom. §. 3. *Jo. Gottl.* Heineccius Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Lib. III. Tit. 16. §. 20.

86) *Noctium Atticar.* Lib. IV. cap. 4.

87) Solang die Feierlichkeit der Stipulationen noch nicht hinzugekommen war, wurde noch nicht der Name Sponsa gebraucht, sondern *sperata*, oder *pacta*, wie aus Arnobius *IV. adversus gentes*, und Nonius Marcellus *de nonnullis differentiis dictionum*, *Jo.* D'Avezan Tr. de sponsalibus Cap. 2. erwiesen hat.

non dabatur, aut non ducebatur; qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Judices cognoscebant. Judex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat: quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui spoponderat, aut qui stipulatus erat, *condemnabat.* Gellius bemerkt jedoch aus dem angeführten Werke des Servius, daß dieses Recht der Sponsalien nur in dem Theile Italiens, welcher Latium genennet worden, und auch nur bis auf die Zeit sey beobachtet worden, da durch die *Lex Julia*, (es ist dasjenige Gesetz, welches auf den Vorschlag des Lucius Julius Cäsar gegeben worden ist, der mit dem Publius Rutilius Lupus im Jahr der E. R. 664 das Consulat verwaltete) den Einwohnern des ganzen Latiums die Civität mitgetheilt worden [88]. Wie gewöhnlich indessen jener alte Gebrauch bey den Römern gewesen sey, beweisen die Beyspiele bey Plautus, welche zugleich die Aechtheit der Leseart des römischen Begriffs von Sponsalien bestärken. In der *Aulularia* Act. II. Sc. 2. v. 27. sagt Megadorus: Credo edepol, ubi *mentionem* ego fecero de filia, *mihi ut despondeat,* sese a me derideri rebitur. Neque illo quisquam est alter hodie ex paupertate parcior. — Filiam tuam mihi uxorem posco: *promitte* hoc fore. Hier ist von noch erst zu schließenden Sponsalien die Rede, und es wird hier der mentio als einer desponsio ausdrücklich gedacht. Die feierliche Schließung selbst erklärt sich aus dem *Poenulus* Act. V. Sc. 3. v. 36 sqq. wo Agorastocles folgendergestalt um die Tochter des Hanno anhält. Audin tu patrue? dico, ne dictum neges:

88) S. *Ez.* Spanhemii Orbis Roman. Cap. X. pag. 59.

Tuam mihi maiorem filiam despondeas. Hanno antwortet: Pactam rem habeto. Nun folgte die Sponsio selbst. Spondesne igitur? fragte Ag. und Ha. antwortete: spondeo. Ein ähnliches Beispiel kommt in dem *Trinummus* Act. V. Sc. 2. v. 32. sqq. vor, wo Chremes zum Lysiteles sagt: Filiam meam tibi desponsatam esse audio. Lys. Nisi tu nevis. Chr. Imo haud nolo. Ly. *Sponden' ergo tuam gnatam uxorem mihi?* Chr. *Spondeo*, et mille auri Philippum dotis. Es erhellet zugleich aus diesen Beyspielen, daß die Feierlichkeit der Sponsio gewöhnlich zwischen dem Bräutigam und dem Vater der Braut vorging, so wie es denn überhaupt auch noch in den neuern Zeiten, noch unter den christlichen Kaisern, nicht ungewöhnlich war, daß der Vater das Eheverlöbniß für die Tochter schloß [89]. Denn die Einwilligung der Tochter wurde angenommen, si patris voluntati non repugnaret, wie Ulpian [90] sagt. Seit der *Lex Julia* hörte zwar jene feyerliche Art der Stipulation bey den Sponsalien auf, die gewöhnliche zu seyn, und man hielt die bloße Einwilligung schon zur Schließung derselben für hinreichend, wie der folgende §. lehren wird. Daß aber deswegen alle Stipulation bey Schließung der Sponsalien aufgehört habe, ist nicht wahrscheinlich, wie auch schon Huber [91]) und Gund-

89) *L.* 4. *Cod. h. t.* In dieser Hinsicht sagt *Jo.* D'Avezan Tract. I. de Sponsalibus. Cap. 1. §. 2. nicht unrichtig: Definiri etiam possunt *Sponsalia* pactum de nuptiis suis vel *alienis*, ut cum pater nomine liberorum paciscitur.

90) *L.* 11. *et* 12. *D. de Sponsalib.* S. *Ulr.* Huberi Eunomia Rom. ad h. L. pag. 793.

91) Praelect. ad Pand. h. t. §. 19. Man sehe auch *Car. Sebast.* Berardi Commentar. in ius eccles. univers.

ling [92]) bemerkt haben. Daher finden sich die Benennungen *spondere* und *despondere* sehr häufig in den Gesetzen [93]) und der Name *Sponsalia* blieb nach wie vor, ob man gleich die Zulassung einer actio ex stipulatu als eine Hinderung der Freyheit der Ehen ansahe [94]).

Das ältere Canonische Recht stimmt mit dem neuern Römischen Rechte vollkommen überein. Pabst Nicolaus I. sagt *can.* 3. *Caus.* XXX. *Qu.* 5. Sponsalia *futurarum* sunt *nuptiarum* promissa foedera [95]).

Tom. III. Diss. II. Cap. 3. pag. 40. (*Venetiis* 1778. 4.) und *Jo. Christ.* Winckler Diss. qua disquiritur, quaenam actio a desponsatis ad matrimonium consummandum institui possit? *Goettingae* 1783. §. 8.

92) Gundlingiana. 10. St. Nr. I. §. 29. u. 30.

93) *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* *L.* 36. *L.* 60. §. 5. *D. de ritu nupt.* *L. ult.* §. *ult. D. de divort.* *L.* 32. §. *ult. D. de donat. inter vir. et ux.* *L.* 134. *D. de Verbor. obligat.* Ueber die Ausdrücke *Spondere* und *despondere* vergleiche man noch *Hug.* Grotii Florum sparsio ad ius Justinian. h. t. pag. 180. (edit. *Halens.* 1729. 8.) und Brouwer de iure connubior. Lib. I. Cap. 1. nr. 7.

94) *L.* 2. *Cod. de inutilib. stip.* *L.* 71. §. 1. *D. de condit. et demonstrat.* *L.* 134. *pr. D. de Verbor. obligat.* *L.* 14. *C. de nupt.* S. *Ger.* Noodt *de pactis et transact. cap.* 20. *in* fin.

95) Die gewöhnliche Leseart, welche sich auch in der Böhmerischen Ausgabe findet, ist ganz unrichtig. Die richtige Leseart, so wie sie Berardus in seinem trefflichen Werke: Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti etc. P. II. Tom. II. Cap. 77. pag. 266. (der Venetian. Ausgabe) darstellt, lautet so: Sed post sponsalia,

Allein das neuere Recht der Decretalen verließ diesen richtigen Begriff, und dehnte den Begriff von Sponsalien so weit aus, daß auch die Ehe selbst darunter begriffen ist, indem es unter *Sponsalia* überhaupt den Vertrag versteht, der unter zwey Personen verschiedenen Geschlechts einer Ehe wegen eingegangen wird, so lange es noch an den zur Vollziehung einer ehelichen Verbindung erforderlichen kirchlichen Förmlichkeiten fehlt [96]. In diesem ausgedehnten Sinne theilt dann das neuere Canonische Recht die Sponsalien ein in *sponsalia de futuro* und *sponsalia de praesenti*, je nachdem der Vertrag entweder die Eingehung einer künftigen, oder einer gegenwärtigen

quae futurarum sunt nuptiarum promissa foedera, quaeque consensu eorum, qui haec contrahunt, et eorum, in quorum potestate sunt, celebrantur, et postquam arrhis sponsam sibi sponsus per digitum fidei a se annulo insignitum desponderit, dotemque utrique placitam sponsus ei cum scripto pactum hoc continente coram invitatis ab utraque parte tradiderit, — ambo ad nuptialia foedera perducuntur. Es erhellet hieraus, daß die Worte *promissa foedera,* welche in der gemeinen Ausgabe durch ein Komma getrennt sind, zusammen gehören, und daß daher statt promissa, *promissio* zu lesen, wie Brouwer de iure connubior. Lib. I. Cap. 1. nr. 12. und Boehmer in edit. Corp. iur. canon. ad c. 3. C. XXX. Qu. 5. Not. 92. wollen, nicht nöthig sey, obwohl wirklich einige Codd. Msspti. und alte Ausgaben *promissio* lesen. Ich will nur z. B. eine anführen, die ich selbst besitze. Es ist diejenige, welche *Lugduni* apud *Hugonem a Porta* 1560. f. erschienen ist.

96) S. *Franc. Guil. Ant.* Gambsjaeger Jus eccles. §. 202. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 723.

Ehe bezweckt [97]. Von dieser Eintheilung wird §. 1199. ausführlicher gehandelt werden. Hier bemerke ich nur noch, daß es wohl einem Mißverstande des Unterschiedes, den die Alten zwischen einer virgo sperata, pacta und desponsata machten, und des Römischen Rechtssatzes, Consensus facit nuptias zuzuschreiben ist, wenn Huber [98]) und Gundling [99]) jenen Unterschied auch schon in dem Römischen Rechte haben gegründet finden wollen, wie Just. Henn. Böhmer [100]) ausführlich gezeigt hat.

Von dem eigentlichen Verlöbniß, oder Sponsalien müssen unterschieden werden

1) die Verlöbnißtractaten (*tractatus sponsalitii*). Dieß sind bloße Unterhandlungen und Vorschläge, welche gegenseitig gemacht werden, um ein Eheversprechen zu Stande zu bringen. Aus solchen Unterhandlungen entsteht noch keine rechtliche Verbindlichkeit, sondern es steht jedem Theile frey, sie abzubrechen [1]).

2) Das bloße Jawort, *pactum futurorum sponsalium*, oder *sponsio sponsalium*, worunter man den

97) *Cap.* 22. 31. *et* 32. *X. de sponsal. Cap.* 3. *et* 4. *X. de sponsa duor. Cap.* 31. *X. de praesumt. Cap.* 14. *X. de convers. conjugat.*

98) Digressiones Justinian. Lib. II. cap. 7—9.

99) Gundlingiana. Stück X. Nr. I.

100) Iur. eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 4—8. Man sehe auch *Mich. God.* Wernher Diss. de recta sponsaliorum de praesenti et de futuro adplicatione. *Vitemb.* 1795. §. 4. sqq. und *Car. Frid.* Walch Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. cap. II. Membr. I. §. 1.

1) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 292. S. 105.

Vertrag zweyer Personen versteht, welche einander zu heyrathen willens sind, ein rechtsbeständiges Verlöbniß schließen zu wollen [9]). Durch ein solches Jawort wird also die eigentliche Verlobung erst vorbereitet. Eben dadurch unterscheidet sich das Jawort von den Sponsalien selbst, daß es eine erst künftige Verlobung, das Eheverlöbniß hingegen eine künftige Ehe zum Zweck hat. Das Jawort pflegt vorzüglich in dem Falle der Verlobung vorauszugehen, wenn durch die Landesgesetze eine gewiße Form bey Schließung eines gültigen Eheverlöbnißes vorgeschrieben ist. Ist dieses nicht der Fall, so ist darauf zu sehen, was unter den Interessenten verabredet worden ist. Sollte dieses zweifelhaft seyn, so streitet die Vermuthung für das, was das Gewöhnlichere ist. Da nun unter dem Jawort sehr häufig auch das Eheverlöbniß selbst verstanden wird, und, wie sich nachher ergeben wird, auch mit Recht

9) *Christ.* THOMASIUS in Tr. iurid. de pactis futurorum sponsaliorum, vom Jawort. *Halae* rec. 1754. 4. (Tom. III. *Dissertat. academ.* Nr. XCVI.) vermischt das Jawort mit bloßen Verlöbniß-Tractaten. *Jo. Balthasar.* WERNHER in Diss. de obligatione ex pacto futurorum sponsaliorum. *Vitemb.* 1724. et in Vindiciis huius dissertat. *Ibid.* 1726. 4. unterscheidet zwar das Jawort von bloßen Verlöbniß-Tractaten richtig, vermischt aber das Jawort mit dem Eheverlöbniß selbst, und glaubt beydes sey nur der äußern Form und dem Namen nach unterschieden, übrigens von gleicher Kraft und Wirkung. Man sehe auch Desselben Select. Observat. forens. Tom. III. Part. II. Obs. 251. und P. III. Obs. 1. Eine Berichtigung dieser Begriffe enthält *Christ. Aug.* GOTTSCHALD Diss. de sponsionibus sponsalium sive vom Jawort. *Lipsiae* 1802. 4.

verstanden werden kann, so ist im Zweifel eher ein wirklich geschloßenes Eheverlöbniß, als ein bloßes pactum de sponsalibus aliquando contrahendis anzunehmen [3]. Von dem Jawort ist jedoch

3) eine demselben gewöhnlich vorausgehende Anwerbung zu unterscheiden, worunter man den bloßen Antrag einer Person an eine andere versteht, welcher in der Absicht geschieht, ein Eheverlöbniß mit ihr zu schließen [4]. Dieselbe kann entweder von der Person selbst geschehen, welche sich mit der andern verloben will, oder von einem Dritten im Namen derselben. Ein solcher Unterhändler wird dann ein Freywerber, *Pronubus*, genannt. So lang nun die Person, um welche die Anwerbung geschehen ist, ihre Einwilligung noch nicht erklärt hat, ist noch keine Verbindlichkeit vorhanden. Der den Antrag gemacht hat, hat daher noch immer die Freyheit, seinen Antrag zurück zu nehmen. Daher das deutsche Sprüchwort: Anwer-

3) Anderer Meinung ist zwar *Car. Ferd.* HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 71. nr. 3. Allein diese Meinung beruhet auf der unrichtigen Ansicht, die Sponsalien hätten nach den Sitten der Deutschen die Natur eines röm. Constitutum, und erforderten zu ihrer vollkommenen Verbindlichkeit und Gültigkeit immer ein wiederholtes Versprechen. Daß aber hier eine falsche Auslegung des röm. Begrifs von Sponsalien zum Grunde liege, ist in der angef. Diss. des GOTTSCHALD Cap. I. §. 4. pag. 21—29. gezeigt, und Cap. II. §. 4. richtiger behauptet worden: nomine des Jaworts pactum sponsalitium intelligi non debere, nisi evidentissimis probationibus id actum esse doceatur.

4) S. Joh. Andr. Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts. Zweit. Hauptst. §. 4.

bung macht keine Verbindung [5]). Es kann aber auch die andere Person, um welche geworben worden ist, den Antrag ausschlagen, und dieses kann sowohl ausdrücklich, als stillschweigend, durch Vorenthaltung einer Antwort, geschehen. Ein solches Stillschweigen wird als eine abschlägliche Antwort angesehen, nach dem deutschen Sprüchwort: Keine Antwort ist auch eine Antwort [6]). Erfolgt hingegen auf die Anwerbung eine beyfällige Erklärung, so nennt man dieselbe überhaupt das Jawort. Enthält dieses Jawort eine freie, ernstliche, und unbedingte Annehmung des gemachten Heyrathsantrags, so daß hierdurch die Intention beyder Theile vollkommen erreicht, und auch von Seiten der Gesetze nichts weiter zu beobachten übrig ist, so kann man sagen, durch das erfolgte Jawort ist das Eheverlöbniß selbst geschlossen [7]), und es entsteht daraus dieselbe Verbindlichkeit, wie

5) Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. IV. I. S. 96 (der neuen Auflage Leipzig 1792.) S. auch Berger Oecon. iur. Lib. I. Tit. 3. Th. 14.

6) Eisenhar's Sprüchwörter. 2. Abth. IV. II. S. 97.

7) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCXC. med. I. Müller Observat. pract. ad Eundem. Tom. III. Fasc. I. Obs. 509. *Ge. Lud.* Böhmer Princip. iur. canon. §. 364. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 6. B. §. 562. Thibaut Syst. des Pandectenrechts I. B. §. 413. Von dieser Seite betrachtet, hätten *Pet.* Müller in Diss. de annulo pronubo, vulgo vom Jawort, und Carpzov Respons. iur. Lib. V. Tit. 10. Resp. 108. nr. 29. nicht Unrecht, wenn sie sagen: Jawort est congrua responsio, quam in ipsis sponsalibus alter alteri interroganti ita reddit, ut consensum significet, verbo, repromissio mentionem insecuta.

aus einem gültigen Eheverlöbniß. Allein nicht immer ist dieses der Fall. Gewöhnlich kommt es nun erst noch zu Unterhandlungen über Berichtigung gewisser vorläufiger Puncte der Eheberedung. Daraus entstehen denn die Verlöbniß-Tractaten, welche in Unterhandlungen wegen der künftig zu schliessenden Ehe und deren Bedingungen bestehen, und das noch erst künftig zu schließende Eheverlöbniß vorbereiten. Können nun beyde Theile wegen der Punkte der Eheberedung sich nicht vereinigen, so wird das ganze Geschäft als eine bloße Unterhandlung angesehen, welche keine Verbindlichkeit hat [8]). Das Jawort enthält also in diesem Falle die stillschweigende Bedingung in sich, wofern man sich über die Puncte der Eheberedung vereinigen werde. Sind aber beyde Theile über alle diese Puncte einverstanden, so erfolgt nun erst das förmliche Eheversprechen, und es kommt jetzt darauf an, ob durch die Gesetze des Landes, wo die Handlung vorgeht, zur gültigen Schließung eines Eheverlöbnißes eine gewiße Form vorgeschrieben worden ist, oder nicht. Im erstern Falle entsteht aus dem bloßen, wenn gleich unbedingt erfolgten Jawort weder eine obligatio noch actio, so lange diese Förmlichkeit noch nicht hinzugekommen ist [9]). Eine Klage, den andern Theil zur förmlichen Vollziehung des Jaworts zu nöthigen, findet auch nicht

8) Hofmann's Handb. des teutschen Eherechts. §. 8.

9) Beyspiele davon geben das allgemeine Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. 2. Abschn. §. 82. das königlich Baierische Edict vom 2. May 1806. S. Krüll's Handbuch des Baier. bürg. Rechts 1. B. §. 154. Sächs. Kirchenordnung Tit. von Ehegelöbnissen in Cod. Aug. Tom. I. pag. 537. u. a. m.

Statt. Denn was würde dieß anders, als eine Hintergehung des Gesetzes, seyn, welches aus einem bloßen Eheversprechen, ohne die gesetzliche Form, keine Klage gestattet wissen will [10]? In dem letztern Falle hingegen, da ausdrücklich bey dem erfolgten Jawort war ausbedungen worden, erst noch künftig eine rechtsbeständige Verlobung schließen zu wollen, glauben zwar viele mit Wernher [11]), daß wenn gleich dieser Vertrag als wirkliche Verlobung noch nicht betrachtet werden könnt, derselbe doch wenigstens in dem Falle, da ein Theil jetzt wieder zurücktraten will, für den andern eine Interessenforderung begründe [12]). Allein dieser Meinung steht entgegen, daß hier die Interessenten die Wirksamkeit des Jaworts von einer künftigen rechtsbeständigen Verlobung abhängig gemacht haben. So lange also diese nicht erfolgt ist, kann das bloße Jawort nur die Eigenschaft unverbindlicher Verlöbniß-Tractaten haben. Das bey der Anwerbung erhaltene Jawort ist also in diesem Falle noch kein Verlöbniß. Nach jener Meinung würde aber das pactum de futuris sponsalibus die sponsalia selbst enthalten; dieß kann aber wohl nicht die Meinung der Interessenten

10) S. Gottschald Diss. cit. Cap. II. §. 5. pag. 56.

11) Select. Observat. for. Tom. III. P. II. Observ. 251. et P. III. Obs. a.

12) *Tob. Jac.* Reinharth Diss. de distinctione sponsaliorum in publica et clandestina. Erf. 1729. §. 2. *Salom.* Deyling Institut. prudentiae pastoralis. P. III. Cap. VI. §. 6. Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 268. Not. 1. Haubold ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. I. Tit. 3. Th. 4. not. d. Tom. I. pag. 104. Ad. Diet. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1190.

seyn. Denn wer eine Handlung erst künftig vorzunehmen erklärt, hat doch mit dieser Erklärung die Handlung selbst noch nicht vollzogen. Es kann also auch noch nicht diejenige Verbindlichkeit vorhanden seyn, welche aus einem gültig geschlossenen Eheverlöbniß entsteht [13]. Non enim, qui sponsalia futura spondent, nec tamen constituunt, sagt Brouwer [14], hoc ipso habere creduntur animum se ipsos ullo modo obligandi, verum altius deliberandi sibi super gravissimo sponsalium constituendorum negotio, petere tempus; nemo vero dum deliberat, ad id, quod partis interest petitum sequi, obligatur.

§. 1191.

Unterschied zwischen consensus sponsalitius und consensus matrimonialis. Actio de sponsu.

Bey Schließung einer ehelichen Gesellschaft läßt sich eine zweyfache Einwilligung unterscheiden, die welche wegen einer künftig einzugehenden Ehe erklärt wird, und diejenige, wodurch zu erkennen gegeben wird, eine Ehe jetzt miteinander eingehen zu wollen. Jene Einwilligung wird *consensus sponsalitius*, diese *consensus matrimonialis* genennt [15]. Durch jenen wird die Ehe vorbereitet.

13) Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 382. Runde Grundſ. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 562. Gottschald cit. Diss. Cap. II. §. 5.

14) De iure connubior. Lib. I. cap. 2. nr. 2. pag. 10.

15) *Ad. Balth.* Werner Diss. disceptans, an consensus sponsalitius a matrimoniali differat? *Altdorfii* 1694. und *Guil. Hier.* Brückner Pr. de differentia consensus sponsalitii et matrimonialis, indeque resultantibus effectibus praecipuis. *Jenae* 1705. 4.

Da nun der Vertrag, wodurch sich zwey Personen verschiedenen Geschlechts zur Eingehung einer künftigen Ehe verpflichten, *Sponsalia*, ein Verlöbniß oder Ehegelöbniß genennt wird, so sagt van Espen [16]) ganz recht, *Sponsalia* tamquam praeambula, et quasi initialia matrimonii sunt. Durch die gesetzmäßige Erklärung des Eheconsenses hingegen wird die Ehe wirklich geschlossen. Der Eheconsens geht also auf etwas Gegenwärtiges. Die Verlöbnißeinwilligung hingegen schließt ein Versprechen in sich, was theils auf die Zukunft, theils auf die Gegenwart gerichtet ist. Zwey Personen geloben einander eine künftige Ehe. Daher werden die Sponsalien in den Gesetzen [17]) eine spes nuptiarum genennt, und überall werden *Sponsalia* und *Nuptiae* scharf unterschieden. Sponsalia, sicut nuptiae, sagt Julian *L.* 11. *D. h. t.* consensu contrahentium fiunt, und *L.* 7. *D. eodem* sagt Paulus: In *sponsalibus* etiam consensus eorum exigendus est, quorum in *nuptiis* desideratur. Beydes mußte auch um so mehr genau unterschieden werden, je wichtiger die von diesem Unterschiede abhangenden Folgen sind [18]). Man denke sich den Fall, daß die Ehe einer Person zur Bedingung bey irgend einem Vertrage oder Vermächtniß wäre gemacht worden, und nun die Frage entsteht, ob diese Bedingung erfüllt sey? Eine Frage, welche Justinian *L.* 24. *C. de nuptiis* auf folgende Art entscheidet: Sancimus, si quis *nuptiarum*

16) Jur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 12. Cap. 1. §. 4.

17) *L.* 6. *D. h. t.* *L.* 13. §. 3. *D. ad Leg. Jul. de adult. coercend.*

18) S. vorzüglich *Just. Henn.* Boehmeri Diss. de diverso sponsalium et matrimonii iure. *Halae* 1737. 4. Cap. 1.

fecerit mentionem in qualicunque pacto, quod ad dandum, vel ad faciendum, vel non dandum, vel non faciendum concipitur, et sive *nuptiarum tempus* dixerit, sive *nuptias* nominaverit: non aliter intelligi conditionem esse adimplendam, vel non extenuandam, *nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas*: et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas, vel foeminis post duodecimum annum accesserit, vel maribus post quartum decimum annum completum, *sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint.* Bloße Sponsalien sind also noch nicht hinreichend. Denn Brautleute sind noch keine Eheleute, und ein matrimonium per sponsalia tantum initiatum, ist noch kein matrimonium perfectum. Vielmehr unterscheiden die Gesetze genau matrimonia futura et iam contracta 19). Zwar stellt Ulpian *L. 30. D. de div. reg. iur.* die Regel auf: Consensus facit nuptias; allein deswegen erforderte man doch ein gewisses äußeres Merkmal, woran man erkennen konnte, daß der Ehekonsens erklärt sey. In den Gesetzen der Pandecten geschieht vorzüglich der deductio in mariti domum Erwähnung, welche sogar in Abwesenheit des Bräutigams auch durch einen Stellvertreter geschehen konnte, wenn er zugleich durch einen Brief oder sonst einen Bevollmächtigten seinen Willen, die Ehe nun wirklich einzugehen, erklärt hatte. So ist unstreitig die Stelle des Pomponius zu verstehen, wenn er *L. 5. D. de ritu nuptiar.* sagt: Mulierem absenti per litteras eius, vel per nuncium posse nubere placet, *si in domum eius deduceretur:* eam vero, quae abesset,

19) *L. 134. pr. in fin. D. de Verbor. obligat.*

ex literis vel nuncio suo duci a marito non posse: *Deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris*[20] *domum*, quasi in domicilium matrimonii. Eben dieses bestätigen Paulus[21] und Papinianus[22]. Daß eine solche Ehe, welche in der Abwesenheit des Bräutigams mit dessen Wissen geschlossen worden, vollkommen wirksam gewesen, lehrt Ulpian *L. 6. D. de ritu nupt.* Denique *Cinna* scribit: eum, qui absentem[23] accepit uxorem, deinde rediens a coena juxta Tiberim perisset, ab uxore lugendum, responsum est; und Paulus zieht daraus *L. 7. D. eodem* die weitere Folge: Ideoque potest fieri, ut in hoc casu aliqua virgo[24] et dotem et de dote habeat actionem.

20) *Henr. Theod.* Pagenstecher in S. Pomponii JCti ad Sabinum Commentar. ad h. L. not. h. pag. 140. will die Worte: *non in uxoris*, für einen unächten Zusatz halten; allein da sie mit dem Vorhergehenden in genauer Verbindung stehen, so ist dazu kein hinreichender Grund vorhanden.

21) *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 19. §. 8.

22) *L.* 69. §. 3. *D. de iure dot.*

23) Pagenstecher cit. loc. not. g. will statt absentem lieber *absens* lesen. Eben so Godefroi, auch *Pet.* Faber Semestrium Lib. II. cap. 25. pag. 349. Es läßt sich aber die florentinische Leseart ohne alle Aenderung sehr gut erklären. S. Werner Dissertat. §. 10. pag. 19.

24) Es wird hier nämlich der Fall vorausgesetzt, da die Ehe in der Abwesenheit des Bräutigams geschlossen, und durch den Tod des letztern getrennt worden, ehe noch die eheliche Beywohnung erfolgt war. Nuptias enim non *concubitus*, sed *consensus* facit. *L. 30. D. de reg. iur.* Dennoch sollte auch in diesem Falle die Wittwe

trem. Zwar war die deductio in domum nicht dergestalt nothwendig, daß nicht auch ohne dieselbe eine Ehe gültig hätte geschlossen werden können [25]), besonders nach den neuern Verordnungen der Röm. Kaiser, nach welchen auch ohne alle weitere Feyerlichkeit, die bloße Erklärung des Eheconsenses in Gegenwart einiger guten Freunde für hinreichend gehalten wurde [26]); man betrachtete sie aber

den Mann betrauren, wie die *L. 8. D. de R. N.* sagt, obwohl hier keine turbatio sanguinis nach *L. 11. §. 1. D. de his, qui notant. infam.* zu besorgen gewesen. Daher lehrt noch Harmenopulus in Προχείρῳ νόμων Lib. IV. Tit. 7. §. 9. Καὶ ἡ μὴ συναφθεῖσα ἀνδρὶ, ἀλλ' ἔτι παρθένος οὖσα, πενθεῖν χρεωστεῖ τὸν ἄνδρα. i. e. *Et ea, quae nondum a viro cognita est, sed adhuc est virgo, virum lugere debet.* Es konnte also hier wohl kein anderer Grund Statt finden, als ratio reverentiae, memoriae mariti defuncti debitae, *L. 1. C. de secund. nupt. L. 4. C. ad SCt. Tertyll. Nov. XXII. cap. 40.* S. *Franc. Ramos del* Manzano Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. II. Cap. 12. nr. 11. et 12. (in Meerman. *Thes. nov. iuris civ. et canon.* Tom. V. pag. 158.)

25) Das Gegentheil behaupten zwar *Franc.* Hotoman Observat. Lib. IV. c. 26. und Heineccius Antiquitatum Rom. iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. I. Tit. 10. §. 4. Allein *Ulr.* Gruber Tr. de uxore Rom. in Praefat. §. Deductionem hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Man sehe auch *Alb.* Gentilis de nuptiis. Lib. II. cap. 5.

26) *L. 9. L. 13. L. 21. L. 22. Cod. de nupt. L. 11. pr. Cod. de repud. Nov. XXII. c. 3.* et *Nov. LXXIV.* cap. 4. S. Arntz. Diss. de iure connubiorum apud Rom. §. 18.

doch in solchen Fällen, wo es an einem andern Beweise einer wirklich geschlossenen Ehe fehlte, als ein eclatantes Merkmal einer erklärten ehelichen Affection, vorzüglich wenn ein Gesetz in einem gewissen Falle die Schließung einer Ehe unter gewissen Personen als Bedingung voraussetzte, oder unter der Bedingung derselben etwas vermacht oder versprochen worden, oder selbst das Präjudiz eines Dritten dabey in Betrachtung kam, ob eine Ehe unter gewissen Personen geschlossen sey, oder nicht [27]). Daher geschieht der deductio in domum sowohl in den Pandecten als im Codex sehr häufig Erwähnung [28]).

Vorzüglich gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 15. *D. de condit. et demonstrat.* ULPIANUS *Libro XXXV. ad Sabinum.* Cui fuerit sub hac conditione legatum; *Si in familia nupsisset;* videtur impleta conditio, *statim atque ducta est uxor,* quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. *Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* [29]).

27) *Jac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 6. Cod. Theodos. de tironibus (Tom. II. *Cod. Theod.* pag. 379. edit. *Ritter.*) sagt: *Si de voluntate ipsorum tantum contrahentium agitur, et de affectu aliunde constet, deductione nil opus est. Si vero de explenda voluntate aut legis aut tertii alicuius, deductio omnino requiritur: ne alioquin fraudibus sit locus.* Man vergleiche auch *Ant.* SCHULTING Jurisprud. Antejustin. pag. 301. not. 20. und *Jo.* D'AVEZAN Tract. II. de nuptiis Cap. 12. (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. p. 332.)

28) S. *Barn.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitatum Lib. I. cap. 18.

29) Diese Regel enthält auch die *L.* 30. *D. de reg. iur.* und da die Ueberschrift derselben so lautet: ULPIANUS

L. 66. D. de donat. inter vir. et uxor. Scaevola libro IX. Digestorum. Seja Sempronio, cum certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur, tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos. Quaero an ea donatio rata sit[30]? Non attinuisse tempus, an, antequam domum deduceretur[31], donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi[32]; itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu[33] intelligitur, donatio facta esset, non valere.

libro XXXVI. ad Sabinum; so hält Ant. Augustinus Emendation. Lib. I. cap. 7. und nach ihm Jac. Labittus in Usu indicis Pandect. Cap. VI. §. 10. diese Inscription für fehlerhaft. Allein da Ulpian in libro 35 et 36. ad Sabinum von den Klagen handelte, welche nach getrennter Ehe unter den Ehegatten gegenseitig Statt finden, wie aus der Vergleichung der daraus entlehnten Fragmente bey Wieling in Jurispr. restituta pag. 311. erhellet, so konnte Ulpian die angeführte Regel wohl in beyden Büchern gebraucht haben, wie auch Jac. Gothofredus in Comm. in Tit. Pand. de divers. Regulis iuris pag. 173. sehr richtig bemerkt hat.

30) Cod. Erlang. hat hier Respondi non attinuisse. Eben so Chevallonius, Merlinus. und Baudoza Cestius.

31) Chevallon. Merlin. und Baudoza lesen, an ante tempus, quam domum deduceretur.

32) Cod. Erl. in quaerendo exprimit. Haloander inquirere exprimit, Baudoza inquirendo exprimi.

33) Cod. Erlang. quod de consensu quidem intelligitur. De consensu lesen auch Haloander, Chevallon, Baudoza und Mirarus.

§. 1. Virgini in hortos deductae ante diem tertium, quam ibi nuptiae fierent, cum in separata diaeta ab eo esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret, et priusquam aqua et igni acciperetur, id est, nuptiae celebrentur, obtulit decem aureos dono. Quaesitum est, post nuptias contractas divortio facto, an summa donata repeti possit? Respondit, id quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci [34].

Das Interesse des Unterschiedes zwischen Verlöbniß und Ehe zeigte sich vorzüglich in dem Falle, von welchem hier Scävola handelt, in seiner ganzen Wichtigkeit, nämlich wenn über die Rechtsbeständigkeit einer Schenkung unter den Lebenden Zweifel entstand. Scävola entscheidet hier die Frage, ob die Schenkung gültig sey, welche ein Bräutigam seiner Braut am Hochzeitstage gemacht hat, jedoch noch vor der feierlichen Heimführung in sein Haus, und noch vor Errichtung der schriftlichen Ehepacten. Die Heimführung der Braut geschahe am Hochzeitstage nach Sonnen-Untergange gewöhnlich zur Nachtzeit beym Fakelscheine, in Begleitung von Verwandten, Freunden und Nachbaren, nebst andern Feyerlichkeiten, welche Hotomann [35]) und Ayrer [36]) ausführlich beschrie-

34) Ueber diese schwierige Gesetzstelle hat vorzüglich *Will. Cornel.* Trpell in Disput. ad Leg. LXVI. π. de donat. int. vir. et uxor. *Traj. ad Rhen.* 1736. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iurid. selectiss. in acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XIII.) commentirt.

35) De vetere ritu nuptiar. Cap. 19.

36) Diss. de iure connubior. apud Rom. §. 16.

ben haben. Durch dies das unterschied sich besonders die materfamilias von der Concubine 37). Ueber die Bestellung derselben wurde eine Urkunde errichtet, diese von den Partheyen untersiegelt 38), und bey den aruspices oder in dem Tempel einer Gottheit hinterlegt 39). Daher die häufige Erwähnung der *tabulae nuptiales* 40), *tabulae dotales* 41), *instrumentum dotale* 42), *nuptiale*

37) Plautus in *Trinummo* Act. III. Sc. II. v. 62. und Sc. III. v. 1—5. Hierauf bezieht sich auch, was Paulus *L.* 2. *D. de iure dot.* sagt: Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, *propter quas* nubere possunt. S. *Jo. Gottl.* Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Commentar. Lib. II. cap. 13. §. 2. pag. 255. sq.

38) Juvenalis *Satyr.* X. v. 333. Et ritu decies centena dabuntur antiquo, *venit cum signatoribus aruspex.* Suetonius *in Claudio.* Cap. 29. n. 6. Tacitus *Annal.* Lib. XI. cap. 27. nr. 1. Der Ausdruck *signare tabulas* hieß aber nach Festus soviel als annulo signa inprimere tabulis, testandi et confirmandi causa. Cicero Orat. *pro Quint.* cap. 6. S. *Franc.* Duarenus Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 30. und *Ann.* Robertus Lib. I. Rerum iudicatar. cap. 2. und Brissonius de formulis et solenn. pop. Rom. verbis Lib. VI. Cap. 124.

39) Suetonius *in Claudio.* cap. 26. nr. 8. Cicero *de divinat.* Lib. I. cap. 16. *Rad.* Fornerius Rerum quotidianar. Lib. VI. cap. 4. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 286.)

40) *L.* 9. *Cod. de nupt.* Apulejus *Apolog.* 2.

41) *L.* 29. *D. de pact. dotal.* *L.* 12. *D. de dote praeleg.*

42) *L. ult. D. de suis et legit. her.* *L.* 15. *C. de pactis.* *L.* 3. *C. de collat.* *L.* 45. *L.* 48. *D. Solut. matrim.*

instrumentum 43). Wurde der Brautschatz dem Ehemann baar übergeben, so wurde das Geld gewöhnlich einen Tag vor der feierlichen Vollziehung der Ehe bey den Aruspices deponirt, und erst den andern Tag nach den erfolgten nuptiis dem Manne eingehändiget. Denn gewöhnlich waren drey Tage der Feyer des Hochzeitsfestes gewidmet 44). So klären sich also die ersten Worte unseres Scävola von selbst auf. Er sagt nun, es komme nicht nothwendig darauf an, ob die Schenkung noch vor der deductio in domum, oder vor der consignatio tabularum dotis geschehen sey, um ihre Rechtsgültigkeit zu beurtheilen. Denn diese erfolgten gewöhnlich erst nach Schließung der Ehe, wie hier Scävola bemerkt 45). Es sey genug, wenn die Schenkung post matrimonium contractum gemacht sey. Zur Schließung der Ehe sey aber die bloße Erklärung der Einwilligung hinreichend. Man unterschied also zwischen der Schließung der Ehe, und den darauf erfolgenden hochzeitlichen Feyerlichkeiten, welche *nuptiae* im eigentlichen Sinn zum Unterschiede vom *matrimonium* genennt wurden, wie man nicht nur aus unserm Fragment ganz deutlich sieht, sondern auch aus mehreren Stellen des Röm. Gesetzbuchs 46) ganz klar her-

43) *L.* 1. *C. de dot. promiss.*

44) S. *Em.* Merillius Observation. Lib. IV. cap. 25.

45) Eben dieses bestärkt auch eine Stelle bey Juvenal. *Satyr.* II. v. 119. *Signatae tabulae:* dictum. *feliciter.* Ingens caena sedet; *gremio iacuit nova nupta mariti.*

46) §. 12. *I. de nuptiis.* *L.* 27. *D. de donat. inter vir. et ux.* *L.* 13. *C. de nupt.* *Nov. LXXIV. cap.* 4. Ayrer Diss. de iure connubior. apud Rom. §. 18.

vorgeht. Eben dieses bestärkt auch Quinctilian[47], wenn er sagt: *Uxor* est, cuius cum viro *matrimonium* factum est; — illud quoque *nuptiis collocata*, efficit uxorem: sed non hoc solummodo erit. Fingamus enim, *nuptias quidem fecisse nullas*, coisse autem *liberorum creandorum gratia*: non tamen *uxor* non erit, *quamvis nuptiis non sit collocata*. Und an einem andern Ort[48]: Vis scire, quid sint *nuptiae?* Adspice illam virginem, quam pater tradidit, euntem *die celebri*, comitante populo. Auch Cajus[49] bezeichnet diesen Unterschied nicht undeutlich; wenn er sagt: *Legitimae* sunt *nuptiae*, si Romanus Romanam *nuptiis interuenientibus*, vel *consensu* ducat uxorem. So bestätigt also Scävola zugleich den Satz, daß die deductio in domum so wenig, als die übrigen hochzeitlichen Feyerlichkeiten zur Schließung einer gültigen Ehe wesentlich nothwendig waren, wenn nur die eheliche Einwilligung und Affection zur Genüge erklärt war. Eben davon überzeugt uns auch Quinctilian[50], wenn er sagt: Nihil obstat, *quo minus iustum matrimonium sit mente coëuntium, etiam si tabulae signatae non fuerint*. Nihil enim proderit signasse tabulas, si mentem matrimonii non fuisse constabit. In Beziehung auf die Beurtheilung der Gültigkeit der Schenkungen, ob sie wirklich unter Eheleuten gemacht worden

47) *Declamat. CCXLVII.*

48) *Declamat. CCCVI.*

49) *Institut.* Lib. I. Tit. 4. §. 1.

50) *Institut. Oratoriar.* Lib. V. cap. 11.

sind, sagt daher Papinian[51]), quum autem maritalis honor et affectio quidem praecessit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium. Gleichwohl scheint Scävola in dem letzten Theile unsers Fragments mit sich selbst im Widerspruche zu seyn, wo er die der Braut am Hochzeittage, jedoch noch vor der deductio in domum, gemachte Schenkung für ein Geschenk ante nuptias erklärt, was nach getrennter Ehe vom Heyrathsgute nicht abgezogen werden könne. Petrus Perrenonius[52]) hält dieses Widerspruchs wegen unser Gesetz für das schwerste, ja fast für unerklärbar. Es ist jedoch, um diese Stelle zu verstehen, vor allen Dingen der alte römische Ritus bey der deductio in domum noch etwas näher zu erklären. Wenn Scävola sagt: Virgini in hortos deductae ante diem tertium, quam ibi nuptiae fierent, cum in separata diaeta ab eo esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret, et priusquam aqua et igne acciperetur, id est, nuptiae celebrentur, obtulit decem aureos dono; so bezieht sich dieß darauf. Zuweilen pflegte zur Erhöhung der hochzeitlichen Festivität der deductio in domum eine deductio in hortos vorauszugehen[53]). In solchen Gärten waren gewöhnlich

51) L. 31. pr. D. de donation. S. Jac. Cujacius Commentar. in Lib. XII. Responsor. Papiniani. Operum Tom. I. pag. 529.

52) Animadversion. et variar. Lection. Lib. I. cap. 6. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. I. pag. 599.)

53) Spuren einer solchen deductio in hortos finden sich auch bey Terentius in Adelph. Act. V. Sc. V. v. 10. und Glücks Erläut. d. Pand. 22. Th.

Gebäude zum Vergnügen errichtet, welche auch bewohnt werden konnten, und häufig auch zur Wohnung dienten [54]. Solche Lustwohnungen hießen *Diaetae*, obwohl man im ursprünglichen Sinne vorzüglich die Speisezimmer mit diesem Namen zu bezeichnen pflegte [55]. In dem Falle, von welchem Scävola redet, war die deductio in hortos drey Tage vor der Hochzeitsfeyer geschehen. Es ist schon oben bemerkt worden, daß zur feierlichen Vollziehung einer Ehe gewöhnlich drey Tage bestimmt waren, welche man durch die griechischen Benennungen *προαύλια*, *ἀπαύλια* und *ἐπαύλια* unterschied [56]. In diesen Gärten

bey Juvenal. *Satyr.* X. v. 33. S. Grupen Tract. de uxore Rom. in Praefat. §. Sed eandem. *Ge.* D'Arnaud Variar. Conjecturar. iur. civ. Lib. I. c. 26. pag. 183. und Arntz Diss. de iure connubior. apud Rom. §. 14. Die Gründe dieser Deduction untersuchen *Ferand.* Adduensis Explication. Lib. I. cap. 32. (Tom. II. *Thes. iur. Rom. Otton.* pag. 530. sq.) und *Rad.* Fornerius Rer. quotidian. Lib. III. cap. 29. (in *Thes. cit.* Tom. II. pag. 224.)

54) *L.* 5. §. 3. *D. de iniur.* Tacitus *Annal.* Lib. XVI. cap. 34. *Barn.* Brissonius Antiquitat. ex iure civ. selectar. Lib. III. cap. 13. et Trekell ad Eundem not. pag. 117.

55) Plinius Lib. V. *Epist.* 6. et Lib. II. Ep. 17. *L.* 43. §. 1. *D. de legat. I.* *L.* 55. §. 3. *D. de legat. III.* *L.* 41. §. 1. *D. eodem.* *L.* 13. §. 8. *D. de Usufr.* S. *Jo.* Wunderlich de usu inscription. Romanor. veter. max. sepulchral. in iure lib. sing. Obs. II. Sect. I. de Diaeta pag. 33. sqq.

56) *Em.* Merillius Observat. Lib. IV. cap. 25. *Franc.* Hotomanus Observation. ad veterem nuptiar. ritum libr. sing. Cap. XIV. beschreibt diese drey Tage aus *Julius Pollux* auf folgende Art: Primo die sponsus

welche dem Vater der Braut gehören, oder auch der letztern Brautgabe seyn konnten [57]), erwartete nun die Braut den Bräutigam, und von da aus geschahe dann die feierliche deductio in domum. Noch ehe diese erfolgt war, et priusquam *aqua et igni acciperetur*, id est, nuptiae celebrentur, wie Scävola sagt, machte ihr der Bräutigam ein Geschenk in Gelde. Was hier Scävola von der aqua und ignis erwähnt, erläutert sich aus Festus und Varro [58]). Feuer und Wasser sahen die Alten

visitabat sponsam apud eius patrem, et hic dies *προαύλια* dicebatur. Nocte vero sequente apud socerum manebat sponsus: quo fit, ut dies secundus *ἀπαύλια* dictus sit: quia eo die pernoctaverat sponsus apud socerum, non tamen sponsae conditione usus erat, sed in separata diaeta fuerat. Luce itaque oriente circiter primam aut secundam horam diei, (hae enim horae, inquit *Festus*, sponsalibus dedicatae erant,) Sponsa e domo patris egrediebatur, et hic proprie *Nuptiarum dies* dictus est. Tertius vero dies, quia vir *maritus* factus erat, *ἐπαύλια* nuncupabatur, et *postridie Nuptiarum* dicebatur. — Erat enim dies ille, in quo primum sponsa in aedibus sponsi pernoctaverat. Neque vero praetereundum est, tertio die, qui *Postridie Nuptiarum*, sive crastinus erat, novam nuptam ad patris domum redire, ubi repotia fiebant, et dona ab amicis offerebantur. Man sehe jedoch Ayrer Diss. de iure connubior. apud Rom. §. 9.

57) *L.* 43. §. 1. *D. de legat. I.*

58) Man vergleiche hier *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XI. cap. 2. *Ferand.* Adduensis Explication. Lib. XI. Cap. 22. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 530. sq.) und *Franc.* Hotomanus Observat. cit. ad vet. rit. nuptiar. Cap. 18.

als die beyden nothwendigsten Elemente an, quae humanam vitam maxime continent, wie Festus voc. *aqua* sagt. Man brauchte dieselben, als Symbole, nicht blos bey den nuptiae confarreatae, sondern bey jeder feierlichen Schließung einer Ehe, wie Grupen [59]) gezeigt hat. Mit Wasser, aus reiner Quelle geschöpft, wurde nicht nur die Braut besprengt, sive ut casta puraque a virum veniret, wie ebenfalls Festus voc. *Facem* sagt, sive ut ignem atque aquam cum viro communicaret; sondern es pflegten ihr auch die Füße gewaschen zu werden. Letzteres bemerkt Varro bey Servius [60]), welcher mit des erstern Worten sagt: *Aqua et igni mariti uxores accipiebant.* Unde et hodie faces praelucent, et aqua petita de puro fonte per puerum felicissimum vel puellam, quae interest nuptiis, *de qua solebant nubentibus pedes lavari.* Es pflegte auch der Bräutigam der Braut beym Eintritt in sein Haus einen Feuerbrand vom Heerde entgegen zu tragen, den die junge Ehefrau mit der Hand berühren mußte, wie Nonius Marcellus in voc. *Titionem* noch bemerkt. Von dem Gebrauche der aqua und ignis bey den Ehen der Römer sind noch folgende Stellen der Alten merkwürdig. Lactantius Firmianus [61]) erklärt die aqua et ignis folgendermaßen. *Alterum quasi masculinum elementum est, alterum quasi femininum; alterum activum, alterum patibile; ideoque a Veteribus institutum est, ut sacramento ignis et aquae nuptiarum foedera sancirentur, quod foetus*

59) Tr. de uxore Rom. Cap. IV. §. 11.

60) In *libr. IV. Aeneid.*

61) Libr. *de origine erroris.* Cap. 10.

animantium calore et humore corporentur atque animentur ad vitam. — Exulibus quoque ignis et aqua interdici solebat: adhuc enim videbatur nefas, quamvis malos, tamen homines, supplicio capitis afficere. Interdicto igitur usu earum rerum, quibus vita constat hominum, perinde habebatur, acsi esset, qui eam sententiam exceperat, morte mulctatus: adeo ista elementa prima sunt habita, ut nec ortum hominis, nec sine his vitam crediderint posse constare. Und Plutarch [62]) äußert sich fast eben so darüber: Δια τί τὴν γαμουμένην ἅπτεσθαι πυρὸς καὶ ὕδατος κελευοῦσι, πότερον τούτων ὡς ἐν στοιχείοις καὶ ἀρχαῖς τὸ μὲν ἄῤῥεν ἐστι, τὸ δὲ θῆλυ, καὶ τὸ μὲν ἀρχὰς κινήσεως, ἐνίησι, τὸ δὲ ὑποκειμένου, καὶ ὕλης δύναμιν, ἢ διότι τὸ πῦρ καθαίρει, καὶ τὸ ὕδωρ ἁγνίζει. δεῖ δὲ καθαρὰν καὶ ἁγνὴν διαμένειν τὴν γαμηθεῖσαν, ἢ ὅτι καθάπερ τὸ πῦρ χωρὶς ὑγρότητος ἄτροφον ἐστὶ καὶ ξηρὸν, τὸ δέ ὕδωρ ἄνευ θερμότητος ἄγονον καὶ ἀργὸν, ὅυτω καὶ ἄῤῥεν ἀδρανὲς, καὶ τὸ θῆλυ χωρὶς ἀλλήλων ἡ δέ σύνοδος ἀμφοῖν ἐπιτελεῖ τοῖς γάμασι τὴν συμβίωσιν. ἢ ὀυκ ἀπολειπτέον καὶ κοινωνητέον ἁπάσης τύχης, κ᾽ ἂν καλοῦ μηδενὸς ἢ πυρὸς καὶ ὕδατος μέλλωσι κοινονεῖν ἀλλήλοις. i. e. *Cur mulierem nubentem ignem et aquam tangere iubent? an quod horum, sicut in elementis et principiis, alterum mas est, alterum femina; alterumque principium motus injicit, alterum rei subjectae et materiae vim habet? An quoniam ignis purgat, aqua vero lustrat? Oportet enim uxorem puram et castam permanere. An, quod quemadmodum ignis*

62) Rom. *Quaestion. initio.*

sine humore non alit, et aridus est, et aqua sine calore sterilis atque ignava est, sic mas et femina separati imbecilles sunt, nihilque generantes; quorum congressus per nuptias convictum perficit; qui non est deserendus, sed omnis fortuna participanda, licet nullius boni, nisi ignis et aquae, participes sint futuri.

Wenn nun also Scävola die der Braut gemachte Schenkung für gültig erklärt, so daß sie bey der nachher erfolgten Trennung der Ehe vom Heyrathsgute nicht abgezogen werden sollte, so setzt er, wie auch Perrenonius [63]) ganz richtig bemerkt hat, einen solchen Fall voraus, wo der Eheconsens nicht, wie in dem im erstern Theile unsers Fragments entschiedenen Falle, vor der deductio in domum, sondern erst bey derselben, und während der übrigen vorhin bemerkten hochzeitlichen Feyerlichkeiten, welche hier unter dem Ausdruck *nuptiae* verstanden werden, war erklärt worden. Und so konnte denn die Schenkung der Braut zwar am Hochzeitstage, aber doch noch *ante nuptias celebratas* gemacht, und also unwiderruflich gültig seyn, weil hier nicht, wie sonst gewöhnlich, der dies coeptus pro completo gehalten, sondern der Zeitpunkt genau berücksichtiget wurde, wo die nova nupta in das Haus des Mannes war eingeführt worden, und hierdurch den Namen einer uxor erhalten hatte [64]).

63) *Var. Lection.* Lib. I. cap. 6. Man sehe auch Wernher Diss. cit. an consens. sponsalit. a matrimonii differat? §. 18.

64) Man vergleiche hier vorzüglich *Jo.* Wunderlich de usu inscription. Rom. vet. in iure lib. sing. Obs. II. §. 9. pag. 52—60.

Denn erst von diesem Zeitmoment an konnten keine Schenkungen unter ihnen mehr Statt finden.

So steht denn nun auch Scävola's Entscheidung mit dem Ausspruche des Modestinus im vollkommenen Einklange, wenn dieser *libro VII. Regularum* [65]) sagt: Inter eos, qui matrimonio coituri sunt [66]), *ante nuptias* donatio facta, iure consistit; etiam si *eodem die* nuptiae fuerint consecutae. So erklärt sich nun auch der Unterschied, welchen Kr. Aurelian [67]) in seinem Rescript an die Donata macht: Cum in te simplicem donationem dicas factam esse *die nuptiarum*, et in ambiguum possit venire, utrum a *sponso*, an a *marito* donatum sit; sic distinguendum est, ut, si *in tua domo* donum acceptum est, *ante nuptias* videatur facta esse donatio: quod si *penes se* dedit sponsus, retrahi possit: *uxor enim fuisti.*

Daß heut zu Tage auf diesen Unterschied nicht mehr gesehen werden könne, da die Form der heutigen Eheschließung von jener bey den Römern üblich gewesenen ganz verschieden ist, versteht sich, und wird davon in dem folgenden Titel gehandelt werden. Indessen gedenken doch noch die Kirchenväter des vierten Jahrhunderts der deductio in domum als noch zu ihrer Zeit gebräuchlich. Ich will unter andern hier nur den Johann Chrisostomus anführen, welcher in seinem Commentar über

65) *L. 27. D. de donat. int. vir. et uxor.*

66) So lesen mit der Torellischen Ausgabe alle übrige, welche ich verglichen habe. Nur *Chevallonius* hat: *qui matrimonio conjuncti sunt*, welche Leseart aber offenbar unrichtig ist.

Matthäus, so wie die daraus entlehnte Stelle bey Gratian [68]) lautet, bey den Worten des Evangelisten Kap. 1. *Priusquam convenirent*, die Bemerkung macht: Non dixit: *priusquam in sponsi duduceretur domum* [69]). Hunc quippe morem servabat antiquitas, ut sponsae in sponsorum domibus haberentur. *Quod nunc quoque fieri interdum videmus.* Ut enim generi Loth apud socerum leguntur habitasse cum sponsis nondum sibi copulatis lege conjugii: sic habitabat etiam Maria cum sponso. Ja noch zu Ende des fünften Jahrhunderts schreibt Bischof Apollinaris Sidonius in seinen Briefen [70]): Nondum cuncta thalamorum pompa defremuit, *quia nec dum ad mariti domum nova nupta migravit.*

Aus allem ergiebt sich also die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen der Verlobungseinwilligung und dem Eheconsense hinlänglich. Ich übergehe die Ausführung des weitern Unterschiedes zwischen Ehe und Verlöbniß, welcher sich bey dem folgenden Titel besser entwickeln lassen wird. Nach den neuern Rechten kommen

67) *L. 6. Cod. de donation. ante nupt.*

68) *Can. 42. Caus. XXVII. Qu. 2.* Daß diese Stelle ächt sey, zeigt *Car. Sebast.* Berardus in Gratiani canones Comm. Tom. II. P. III. Cap. 15. pag. 190.

69) Eigentlich lauten die Worte bey Chrysostomus Homilia IV. in cap. I. Matthaei folgendermassen: *Non dixit, antequam duceretur in domum sponsi, intus enim jam erat. Nam mos priscis erat, sponsas ut plurimum domi habere.* S. Berardus *c. l.*

70) *Lib. I. Ep. 5.* S. *Jos.* Binghami Origines s. Antiquitat. ecclesiast. Vol. IX. Lib. XXII. cap. 4. §. 7.

jedoch beyde darin überein, daß zur Schließung derselben weiter nichts, als die bloße Erklärung der Einwilligung, ohne alle weitere Feyerlichkeit, erfordert wird [71]). Eine Klage auf Vollziehung der Ehe gestattet aber das römische Recht nicht. Selbst die *actio ex sponsu*, welche aus einem durch Stipulation geschlossenen Verlöbniß angestellt werden konnte, gieng nur, wie uns Gellius in der oben angeführten Stelle [72]) lehrt, auf das Interesse, oder eine Conventional-Strafe [73]); und nach dem neuern römischen Rechte ist auch diese Klage unwirksam, weil man sie für unanständig und der Ehefreyheit zuwider hielt [74]). Sie konnte daher durch die exceptio doli mali entkräftet werden [75]). Hieraus läßt sich denn auch erklären, warum sich keine stipulatio sponsalitia in der Reihe der Contracte findet [76]). Ob und in wiefern nach dem heutigen Rechte aus Sponsalien eine klagbare Verbindlichkeit entsteht, wird §. 1198. lehren.

71) *L. 11. D. h. t.*

72) *Noct. Atticar. Lib. IV. cap. 4.*

73) Varro *de lingua Latina.* Lib. V. pag. 41.

74) *L. 71. §. 1. D. de condit. et demonstrat. L. 1. Cod. de Sponsal. L. 2. Cod. de repud. L. 2. Cod. de inutil. stipulat.*

75) *L. 134. pr. D. de Verb. obligat. Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Nunc age. pag. 484. und *Jo. D'*Avezan Tract. I. de sponsalib. Cap. 3.

76) Heineccius Antiquitat. Rom. Syntagm. Lib. III. Tit. 10. §. 22.

§. 1192.

Wer kann ein Eheverlöbniß schließen?

Ein gültiges Eheverlöbniß können nur solche Personen eingehen, welche eine Ehe zu schließen gesetzlich nicht gehindert sind [77]. Doch finden Ausnahmen Statt. Denn so können

1) Wittwen schon während des Trauerjahrs sich wieder verloben. Paulus sagt *L.* 10. §. 1. *D. de his, qui not. infam.* Quae virum eluget, intra id tempus *sponsam* fuisse non nocet [78]). Zwar scheint eine solche Verlobung der Ehrbarkeit, ja der Achtung zuwider zu seyn, welche eine Wittwe dem Andenken ihres verstorbenen Mannes schuldig ist, worauf die Gesetze bey dem Trauerjahre der Wittwen zugleich mit Rücksicht genommen haben [79]). Man hat indessen wegen der Begünstigung der Ehen hierin um so mehr nachzugeben kein Bedenken gefunden, da hier doch der Hauptgrund des Ehehindernißes, nämlich die Besorgniß einer turbatio sanguinis, wie Ulpian [80]) sich ausdrückt, wegfällt, und selbst die Ehe der Wittwe erlaubt

77) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 2. und *Car. Seb.* Berardi Commentar. in ius eccles. univers. Tom. III. Cap. 3. pag. 40. sqq. (edit. *Venet.* 1778. 4.)

78) S. Püttmann de sponsalibus intra tempus luctus initis, in *Adversar. iuris universi* Lib. I. Cap. 10.

79) S. die Note 24. des §. 1191. S. 393. f. Anderer Meinung sind jedoch *Corn. van* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 12. und *Jo. Bern.* Hoeßler Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 8.

80) *L.* 11. §. 1. *D. de his, qui not. infam.*

wird, wenn sie während des Trauerjahrs das Kind, mit dem sie schwanger gieng, geboren hat[81]).

2) Auch Unmündige, wenn sie über sieben Jahre alt sind, und der Vater oder Vormund darein williget, können in sofern gültig sich verloben, daß die Sponsalien während der Unmündigkeit von keinem Theile einseitig aufgehoben werden können, jedoch erst dann ihre vollkommene Gültigkeit erhalten, wenn sie nach eingetretener Mannbarkeit nochmals bestätiget worden sind. Herennius Modestinus setzt hierin einen besondern Unterschied zwischen Ehe und Verlöbniß, wenn er *L.* 14. *D. h. t.* sagt[82]): In sponsalibus contrahendis *aetas contrahentium* definita non est, ut in matrimoniis: quapropter et *a primordio aetatis* sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, *si non sint minores, quam septem annis*[83]). Viele[84]) wollen zwar die letzten Worte für einen Zusatz vom Tribo-

81) *L.* 11. §. 2. *D. eodem.*

82) Es ist diese Stelle aus Modestini *libro IV. Differentiarum* genommen.

83) In dieser Leseart stimmen fast alle Ausgaben mit der Florentinischen überein, nur Haloander lieset, quam septem *annorum*, und Chevallon: si non sint *minores septem annis*.

84) *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad L. 8. Cod. Theod. de maternis bonis. *Henr.* Brouwer de iure connubiorum Lib. I. cap. 3. nr. 8. pag. 21. und *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini* IX libris Differentiarum supersunt. (*Lugd. Bat.* 1750.) Cap. 5. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iuridic. select. in acad. Belgio. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 35.)

man halten, weil zuerst der Kaiser Arcadius das vollendete siebente Jahr als feste Grenze der infantia bestimmt habe [85]), von dessen Verordnung Modestin natürlich nichts habe wissen können. In den Gesetzen der Pandecten [86]) werde daher infans blos durch: qui fare non potest, umschrieben, ohne ein gewisses Alter anzugeben. Allein es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, ein solches emblema anzunehmen, weil Modestin offenbar von einem solchen Zeitabschnitt der Unmündigkeit redet, wo der Mündel nicht nur eine vollkommen ausgebildete Sprachfähigkeit hat, sondern auch das, was er vornimmt, schon versteht, wie aus den Worten: *si modo id fieri ab utraque persona intelligatur*, ganz klar hervorgeht. Nun hatte schon das Zeitalter der Pandectenschriftsteller ganz allgemein angenommen, daß ein Unmündiger nach vollendetem siebenten Jahre diejenige Haltung und Fähigkeit erworben habe, wo er selbst handeln könne, und wo es daher dem Tutor zur Pflicht gemacht war, den Mündel selbst handeln zu lassen, und blos seinen Beystand zu gewähren, wie aus der ganz entscheidenden Stelle Ulpians *L. 1. §. 2. D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* erhellet [87]). Man könnte jedoch glauben, die

85) *L. 8. C. Th. de bonis matern. L. 18. C. de iure delib.*

86) *L. 30. §. 2. 4. et 6. D. de fid. libert. L. 65. §. 3. D. ad SCt. Treb. L. 70. D. de Verb. obl. L. 217. D. de Verb. Signif. L. 5. D. de reg. iuris.*

87) S. Unterholzner's Berichtigung der Begriffe von infans und infantiae proximus; (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeb. von Savigny, Eichhorn u. Göschen 1. B. Nr. III. S. 44—53.) und die Heidelberg. Jahrbücher d. Litteratur. 8. Jahrg. Heft 7. S. 664—683.

Lex Papia Poppaea habe bey den Sponsalien ein gewisses Alter bestimmt. Denn das 5. Kapitel dieses Gesetzes, so wie solches Heineccius [88]) aus den Classikern wieder hergestellt hat, lautete folgendermassen: *Sponsam post hanc legem* DECENNI MINOREM *nemo habeto; desponsam intra biennium domum ducito: ni duxerit; praemiis maritorum ne fruitor.* Allein dieß bezieht sich blos auf die in der Lex Papia Poppaea bestimmten Strafen des Cälibats, und Belohnungen der Ehe. Von jenen hatte die Lex Iulia de maritandis ordinibus den Bräutigam wie den Ehemann freygesprochen, und beyde ohne Unterschied der Belohnungen einer ehelichen Verbindung theilhaftig gemacht. Um nun die Ehe so weit als möglich hinauszuschieben, verlobten sich die Römer nicht selten mit jungen Mädgen, die kaum die Jahre der Kindheit zurückgelegt hatten, und hatten sie ihren Zweck erreicht, d. h. die Belohnungen des Ehemannes erhalten, so liessen sie nun die Braut sitzen. Da Kaiser August diese eben so arglistige als unverschämte Vereitelung seiner Absicht gewahr wurde, beschränkte er, wie Sueton [89]) sagt, das tempus sponsas habendi, und verordnete, wie Dio Cassius [90]) uns vollständiger berichtet, es sollten keine Sponsalien gelten, auf welche nicht nach zwey Jahren die Ehe erfolgt wäre. Es müsse also die Braut wenigstens zehen Jahre alt seyn, wenn der Bräutigam die damit gesetzlich verknüpften Belohnungen geniessen solle. Denn

88) Ad Leg. Juliam et Pap. Poppaeam Commentar. Lib. II. cap. 5. §. 2. pag. 177.

89) *Augusto, cap. 34.*

90) *Hist. Rom. Lib. LIV.* pag. 551.

eine Frauensperson ward im zwölften Jahre für mannbar und ehemündig gehalten. Das Absehen der Lex Papia Poppaea gieng also blos dahin, daß Sponsalien nicht über zwey Jahre verzögert werden sollten. Hiermit wurde aber ein Alter von zehen Jahren eben so wenig zur Schliessung der Sponsalien vorgeschrieben, als verboten, sich unter zehen Jahren zu verloben, sondern dieses Alter hatte blos darauf seine Beziehung, wenn ein Römer von den Strafen des Cölibats frey, und der Belohnungen der Ehemänner theilhaftig werden wollte 91). Es ist daher auch gar nicht nöthig, mit einigen Rechtsgelehrten 92) anzunehmen, es habe zu den Zeiten des Modestinus ein anderes Recht gegolten. Sponsalien, auch vor dem vollendeten zehnten Jahre, waren zwar gesetzmäßig, aber erst von dem zurückgelegten zehnten Jahre an privilegirt, wie sich Jac. Godefroi 93) sehr richtig ausgedrückt hat. Um jedoch auf die Gültigkeit der Verlöbnisse der Unmündigen wieder zurückzukommen, so können zwar solche Sponsalien

91) S. *Jac.* Cujacius Recitation. solenn. in Codicem Lib. V. Tit. 1. Verb. *Falsum autem est,* etc. besonders *Franc.* Ramos Del Manzano ad Leges Juliam et Papiam Commentar. Lib. IV. Reliquat. 4. (*Thes. Meermann.* Tom. V. pag. 445. sq.) und *Henr.* Brouwer de iure connubior. c. 1. pag. 23.

92) *Franc.* Balduinus de Lege Julia et Pap. Poppaea, in *Eiusd.* Commentar. ad Leges de iure civ. pag. 56. (edit. *Gundling.* *Halae* 1730. 8.) und *Jo.* D'Avezan Tr. I. de sponsalibus. Cap. 9. (*Th. Meerm.* Tom. IV. pag. 324.)

93) Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. de sponsalibus. Tom. I. pag. 306. edit. *Ritter.* S. auch van Nispen cit. Diss. Cap. V. pag. 37.

wenn der Unmündige die mannbaren Jahre erreicht hat, von demselben willkührlich und ohne alle Angabe weiterer Ursachen aufgehoben werden; allein während der Unmündigkeit ist er an sein Versprechen dergestalt gebunden, daß ein zweytes während derselben geschlossenes Eheverlöbniß null und nichtig ist. Ja es können solche Sponsalien vor eingetretener Pubertät nicht einmal mit beyder Theile Einwilligung wieder aufgehoben werden. Sie sind also als bedingte Sponsalien anzusehen, welche erst nach dem Fall unwiderruflich werden, wenn nach eingetretener Mannbarkeit davon nicht abgegangen wird. Hat ein Unmündiger mit einem Mündigen das Verlöbniß geschlossen, so kann der Letztere von seinem Versprechen nicht abgehen, wenn dem Unmündigen nach erreichter Mannbarkeit an der Vollziehung des Eheversprechens gelegen ist. Es ist aber auch der Unmündige, der nun die Pubertät erreicht hat, an sein Eheversprechen gebunden, wenn es zum Beyschlaf gekommen ist [94]. Haben jedoch beyde Theile in der Unmündigkeit Sponsalien geschlossen, und der eine Theil will nach erreichter Pubertät von dem Verlöbniß abgehen, so muß sich's der andere Theil gefallen lassen. Ueberdem aber entsteht auch noch aus den Verlöbnissen der Unmündigen, wenn sie gleich nach erreichter Pubertät aufgehoben worden sind, nach dem kanonischen Rechte das Ehehinderniß der öffentlichen Wohlanständigkeit. Alles dieses bestätigen folgende Texte des kanonischen Rechts.

94) Da diese Einschränkung offenbar eine Folge der Sponsalium de praesenti ist, so sollte man sie jetzt gar nicht mehr berücksichtigen, nachdem die sponsalia de praesenti des kanonischen Rechts zur Antiquität geworden sind. (§. 1199.) S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 412. a. E.

Cap. 7. X. de desponsat. impuber. ALEXANDER *III. Bathoniensi episcopo* (anno 1170.) De illis, qui intra annos, aptos matrimoniis contrahendis, sponsalia contrahunt, sive uterque, sive alter reclamet, antequam ad annos, aptos matrimoniis contrahendis, pervenerint, et postulent separari, non sunt ullatenus audiendi. Si vero alteruter istorum ad annos pubertatis pervenerit, infra eosdem annos altero existente, cum eodem sponsalia contrahantur: si is, qui minoris aetatis est, cum ad annos illos pervenerit, reclamaverit, nec in alterum voluerit consentire, iudicio Ecclesiae poterunt ab invicem separari 95). Utrum an-

95) Diesem scheint jedoch das *Cap.* 1. X. *eodem* zu widersprechen, wo gesagt wird: Impuberem a patre matrimonio traditum, *postquam pervenerit ad perfectam aetatem, omnino debere hoc adimplere.* Man hat mancherley Erklärungen versucht, um diesen Widerspruch zu heben, wie man aus GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad h. cap. *Franc.* FLORENS Oper. iuridicor. Tom. II. pag. 175. sq. (edit. *Norimberg.* 1756. 4.) *J. H.* BOEHMER ad cit. cap. not 6. edit. Corp. iur. can. und *Zeg. Bern. van* ESPEN Commentar. in Decretum Gratiani P. II. Caus. XXXI. *Oper.* Tom. VIII. pag 102. (edit. *Gibert. Venetiis* 1782. f.) ersieht; allein sie sind größtentheils gezwungen. Man hat wohl mehr Grund zu glauben, daß der ganze Text unächt sey, wie VAN ESPEN c. l. und besonders BERARDI in seinem trefflichen Werke: Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti etc. P. II. Tom. I. Cap. 49. pag. 384. auch dafür halten. Denn im Gratianischen Decrete *can. 2. Caus. XXXI. Qu.* 2. steht dieser Text als Palea, und wird dem Pabst Hormisdas zugeschrieben. In den Decretalen Gregors IX. wird er dem Pabst Honorius zugeeignet,

tem mulier, quae, postquam annos nubiles attigerit, ei, qui nondum ad annos, aptos matrimoniis contrahendis venerat, nupsit, ab eo, si quaerat discidium, debeat separari? consultationi tuae taliter respondemus, quia cum in eum semel consenserit, amplius non poterit dissentire vel divertere, nisi forte ipse, cui nupsit, postquam ad legitimam aetatem pervenerit, in eam suum omnino negaverit praestare consensum [96].

Cap. 8. X. *eodem. Idem* ALEXANDER *III. eidem.* A nobis tua discretio requisivit, utrum iis, qui intra annos nubiles matrimonii nomine conjunguntur, vel eorum alteri, antequam ad annos, aptos matrimonio, perveniant, liceat a matrimonio tali discedere. Ad quod inquisitioni tuae taliter respondemus, quod pro eo, quod ante nubiles annos conjugalem consensum de sanctorum patrum auctoritate non habent, usque ad

ohne zu bestimmen, welchem? Nun hat sich dergleichen Decretale bis jetzt weder unter den Decretalschreiben des Pabsts Hormisda noch eines Honorius gefunden. Es steht auch dieser Text blos in einer einzigen der ältern Sammlungen, nämlich in dem Breviario Extravagantium *Bernardi Circae*, unter dem Namen des Pabsts Hormisda. Ueberdem stimmt auch der Inhalt mit andern Texten des Gratianischen Decrets nicht überein. S. *Can. un. C. XXX. Qu.* 2.

96) Diese Dekretale befindet sich in der Sammlung der Decretalen des Pabsts Alexanders III. welche BOEHMER seiner Ausgabe des Corp. iur. can. Tom. II. beygefügt hat, und zwar pag. 323.

legitimam aetatem exspectare tenentur: et tunc aut confirmetur matrimonium, aut, si simul esse noluerint, separentur; *nisi forte carnalis commixtio ante intervenerit:* cum interdum illa tempus anticipare soleat pubertatis.

Cap. un. §. 2. de desponsat. impub. in VIto. BONIFACIUS *VIII. ann.* 1298. Porro ex sponsalibus, quae parentes pro filiis puberibus vel impuberibus plerumque contrahunt, ipsi filii, si expresse consenserint, vel tacite, ut si praesentes fuerint, nec contradixerint, obligantur, *et ex eis oritur iustitia publicae honestatis.*

Das letztere hatte auch schon vorher Pabst Alexander *III.* verordnet, wie aus dem *Cap.* 11. *de despons. impub. in Breviario extravagantium* BERNARDI CIRCAE erhellet, wo es heißt: Sponsa autem si nubili aetati proxima est, nullus consanguineorum sponsi potest eam sibi matrimonio copulare [97]. Besonders aber gehört hierher

Cap. 4. X. *eodem.* ALEXANDER *III. Herfordiensi Episcopo.* Verum si postquam praefata puella septimum annum complevit, praedictus vir matrem in uxorem accepit, cum sponsalia ex tunc placere consueverint, inter eos sententiam divortii non differas promulgare, nec ipsum seu filiam seu matrem uxorem habere permittas.

Aus allen wird man sich überzeugen, daß es un-

97) S. GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretales Gregorii IX. Tom. IV. pag. 88. und BROUWER de iure connubior. Lib. I. Cap. 3. nr. 19.

richtig sey, wenn behauptet werden wollen, daß die Verlöbnisse der Unmündigen während der Unmündigkeit keine verbindliche Kraft hätten [98]).

3) Der Gouverneur einer Provinz konnte zwar während seiner Amtsverwaltung keine Provinzialin heyrathen, allein sich mit ihr zu verloben war ihm nicht verboten [99]), ob wohl letztere nach ihrem Gefallen wieder zurücktreten konnte, wenn sie den Mahlschatz zurückgab. Nach einer Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos soll sie sogar diesen behalten dürfen [100]), welches vermuthlich darin seinen Grund hatte, weil die Prä-

98) Man sehe z. B. Schott's Einleitung in das Eherecht, §. 146. und vergleiche dagegen Franz Jos. Hartleben's allgemeine Bibliothek der neuesten jurist. Litteratur 1. B. 2. St. für das Jahr 1786. (Mainz und Frankf. 1787. 8.) Ferner *Jos. Jo. Nep.* PEHEM Praelection. in ius ecclesiast. univ. P. II. (*Viennae* 1791. 8.) §. 414. *Maurus* SCHENKL Institution. iuris eccles. Germaniae. P. II. §. 641. *Ant.* SCHMIDT Institution. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 74. und BERARDI c. l. pag. 39. sq.

99) *L. 38. pr. D. de ritu nuptiar.*

100) *L. un. Cod. Si rector provinciae, vel ad eum pertinent. sponsalitia dederint.* *Ant.* SCHULTING in Jurisprud. vet. Antejustin. ad PAULI Sentent. recept. Lib. II. Tit. 19. §. 9. not. 30. pag. 303. glaubt zwar, dieses Gesetz sey durch die *L. 5. C. de Sponsalib.* welches jünger sey, wieder aufgehoben worden, und Tribonian habe nach dieser neuern Verordnung die L. 38. D. cit. interpolirt. Allein dieß ist höchst unwahrscheinlich. S. *Jac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. un. Cod. Theod. eod. tit. Tom. I. pag. 316. edit. *Ritter.*

fides gewöhnlich durch sehr reiche Geschenke sich ihre Bräute zu verbinden suchten, deren Zurückgabe nachher die Freyheit der Reue erschwerte [1]). Ueberhaupt ist

4) ein Verlöbniß während eines vorhandenen Ehehindernisses erlaubt, wenn dieses blos temporell ist [2]). Es muß nur in Ansehung der erfolgenden Ehe die Zeit abgewartet werden [3]).

Da Sponsalien unter den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen stehen, und eine künftige Ehe zum Zweck haben; so müssen auch diejenigen, welche sich gültig verloben wollen, nicht nur die Fähigkeit, sich verbindlich zu machen, sondern auch die körperliche Tüchtigkeit zur Erfüllung der künftigen Ehezwecke haben. Daher können

1) Kinder unter 7 Jahren auch nicht mit Einwilligung ihres Vaters oder Vormundes [4]), Wahnsinnige [5])

1) BERARDI Commentar. in ius eccles. univ. T. III. Diss. II. Cap. 2. pag. 39.

2) Eine Ausnahme findet beym Vormunde Statt, welcher vor Ablegung der Rechnung mit seiner Mündel eben so wenig ein Verlöbniß als eine Ehe schließen kann. Dasselbe gilt auch von seinem Sohne. *L.* 15. *D. h. t.* *L.* 60. §. 5. *D. de ritu nupt.* S. BERARDI c. l. pag. 38.

3) Schott's Eherecht. § 145.

4) §. 9. *I. de inutil. stipulat. Can.* 1. *Caus.* XXX. *Qu.* 2. *Cap.* 4. *et* 5. *X. de desponsat.. impub. Cap.* 1. *eodem in VIto.* S. *Jo. Hern.* FRIESEN Diss. de intempestivis desponsationibus. *Jen.* 1711. Th. 3. und BROUWER de iure connubior. Lib. I. cap. 3. nr. 1—6.

5) *L.* 8. *D. h. t.* Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est: sed postea interve-

und höchst Betrunkene [6]) in diesem Zustande kein gültiges Eheverlöbniß schließen.

2) Personen, die wegen eines körperlichen Fehlers zur Ehe auf immer untüchtig sind [7]).

Sind Personen noch in väterlicher Gewalt, so wird nach dem römischen Rechte die Einwilligung des Vaters zur gültigen Schließung ihrer Verlöbniße eben so, wie zur Eingehung der Ehe erfordert [8]). In Absicht auf die Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung macht jedoch das Röm. Recht zwischen Söhnen und Töchtern einen Unterschied. Bey den erstern war die ausdrückliche Einwilligung des Vaters nöthig, welche in den Gesetzen mit dem Ausdruck iussus bezeichnet [9]) wird, bey den letzteren aber schon hinreichend, wenn der Vater nur nicht

niens sponsalia non infirmat. *L.* 16. §. 2. *D. de ritu nupt.* Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est, sed recte contractum non impedit. Brouwer c. l. Cap. 4. nr. 1 — 10.

6) Brouwer c. l. nr. 12. sqq.

7) *Cap.* 1. *et* 3. *X. de frigid.*

8) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* In Sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intelligi tamen semper *filiae* patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, *Julianus* scribit. Man verbinde damit die *L.* 2. *D. de ritu nupt.* *Jo.* D'Avezan Tr. II. de matrimoniis. Cap. 15.

9) *Pr. J. de nupt.*

ausdrücklich dissentirte [10]). Ein Gleiches gilt bey den Verlöbnissen der Enkel, deren Vater noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters sich befindet [11]). Hier wird außer der Einwilligung des Vaters, auch die des Großvaters erfordert, weil sie ebenfalls unter der väterlichen Gewalt ihres Großvaters sind [12]). Zwar hatte der Vater, der selbst noch in väterlicher Gewalt war, keine Gewalt über seine Kinder [13]); allein der Grundsatz, nemini invito heredem agnosci [14]) machte bey den Enkeln eine Ausnahme nöthig, welcher Grund hingegen bey den Enkelinnen wegfällt, weil sie durch ihre Verheyrathung in eine fremde Familie übergehen [15]). Daher war bey die-

10) *L.* 12. *et* 25. *Cod. eodem.*

11) *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum. Cap. I. §. 17. in *Elect. iur. civ.* Tom. I. pag. 585. sq.

12) *L.* 16. §. 1. *D. de ritu nupt.* Nepote uxorem ducente, et *filius* consentire debet. Man verbinde damit §. 3. *J. de patria pot.*

13) *L.* 21. *D. ad Leg. Jul. de adult. coërcend.*

14) §. 7. *J. de adopt. Jo. D'*Avezan cit. loc. cap. 16. Vinnius Comm. ad pr. I. de nupt. nr. 4. Boehmer cit. Diss. §. 14.

15) *L.* 196. §. 1. *D. de Verbor. Signif.* Hieraus folgt, daß wenn der Enkel von dem einen Sohne die Enkelin von einem andern Sohne, die beyde noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters sind, heyrathet, die Einwilligung des Letztern allein genüge. *L.* 3. *D. de ritu nupt.* S. *D'*Avezan c. l. Cap. 16. §. Quid dicemus, wo er den Grund anführt: quia eo casu avus nullam novam personam inserit familiae, sed nepoti ex familia sua dat uxorem.

sen die Einwilligung des Großvaters allein hinreichend [16]. Auf keinen Fall aber wird die Einwilligung des mütterlichen Großvaters erfordert, weil er über die Enkel seiner Tochter keine väterliche Gewalt hat [17]. Emancipirte Kinder haben die Einwilligung des Vaters nach dem Röm. Recht nicht nöthig [18]. Nur bey einer emancipirten Tochter, welche noch minderjährig ist, machen die Gesetze eine Ausnahme [19]. Die Einwilligung der Mutter erfordert zwar das Römische Recht nicht nothwendig zur Gültigkeit des Eheverlöbnisses ihrer Kinder, weil sie nicht in ihrer Gewalt sind, wie letzteres Justinian [20]) lehrt, und schon längst vorher auch Gajus [21]) und Ulpian [22]) gelehrt haben. Da indessen die Römischen Gesetzgeber diejenige Gewalt der Mutter nie abgesprochen haben, welche das Naturrecht den Eltern über ihre Kinder einräumt [23]), und daher auch die Kinder zu derselben Ehrfurcht gegen die Mutter verpflichten, welche sie dem Vater schuldig sind [24]),

16) *L.* 16. §. 1. *in fin. D. de rit. nupt.* Neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet.

17) §. 3. *in fin. J. de patr. pot.* Boehmer cit. Diss. §. 13.

18) *L.* 25. *D. de ritu nupt.*

19) *L.* 18. *L.* 20. *Cod. de nupt.*

20) §. 10. *J. de adopt.*

21) *Commentar. Instit.* L. I. §. 104.

22) *Fragm. Tit. VIII.* §. 8.

23) Daher sagt Ulpian *L.* 4. *D. de curat. furios.* Pietas enim parentibus, *etsi inaequalis est eorum potestas*, aeque debebitur. S. Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 10.

24) *L.* 1. §. 2. *D. de obsequiis parentib. et patrono praestandis. L.* 4. *C. de patr. potest.*

so pflegten humane Ehemänner ihre Töchter nicht leicht ohne Zustimmung ihrer Ehefrauen zu verheyrathen [25]), und wir finden auch selbst in dem Römischen Gesetzbuche mehrere Beyspiele solcher Ehen, welche mit Einwilligung der Mutter geschlossen worden sind [26]). Nach deutschen Rechten hat dieses vollends keinen Zweifel. Sehr richtig sagt Riccius [27]): Apud *Germanos* parentum potestas eadem semper fuit in liberos, quae *naturalis ratio* dictitat; hinc eandem quoque in Germania *utrique parenti* fuisse communem, in aprico est. Daher ist auch die Einwilligung der Mutter bey den Heyrathen ihrer Kinder nöthig [28]), und auf dieses Erforderniß der mütterlichen Einwilligung scheint sich auch das deutsche Sprüchwort zu beziehen: **Wer die Tochter will haben, muß die Mutter fragen; fragt er die Mutter nicht, bekommt er die Tochter nicht** [29]). Verweigern die Eltern ihre Einwilligung ohne

25) Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 8. hat dieses aus mehrern Stellen der römischen Klassiker erwiesen.

26) *L.* 57. §. 1. *D. de ritu nupt.* *L.* 20. *Cod. de inoff. testam.* *L.* 20. *Cod. de nupt.*

27) Spicileg. iuris Germanici Lib. I. Tit. XI. Membr. I. §. 295. pag. 431. Man sehe auch *Jo. Jac.* Rothahn Diss. de materna potestate in liberos Germanor. legiqus et more. *Goett.* 1772. §. 2. sqq.

28) *Christ. Gottl.* Riccius Spicileg. cit. §. 299. pag. 443. *Ern. Jo. Frid.* Mantzel Diss. de aequali utriusque parentis iure, qua consensum in sponsalia liberorum. *Rostochii* 1760. 4. Boehmer cit. Diss. Cap. II. §. 35. §. 35. Hofmann teutsches Eherecht. §. 10.

29) *Ge. Tob.* Pistorius Thes. paroem. iuris germ. Centur. VI. Paroem. 53. Hofmann a. a. O. S. 28.

gerechten Grund, so kann von Seiten desjenigen Theils, dessen Eltern ihre Beystimmung verweigern, Beschwerde geführt, und die versagte Einwilligung durch die Obrigkeit ergänzt werden [30]. Ein mehreres hiervon zu sagen, wird §. 1196. Gelegenheit geben.

Minderjährige, welche die Mündigkeit schon erreicht haben, können sich nach dem Römischen Rechte ohne Zustimmung ihres Curators gültig verloben [31]). Ob es nach deutschen Rechten anders sey, wird der §. 1197. lehren.

§. 1193.

In wiefern steht Betrug, Zwang und Irrthum der Gültigkeit der Sponsalien entgegen?

Sponsalien, als Verträge, erfordern die freye Einwilligung der sich Verlobenden. Diese Einwilligung darf also 1) nicht durch Betrug erschlichen seyn. Ob der Betrogene durch falsche Vorspiegelungen zur Einwilligung verleitet, oder durch das betrügerische Schweigen des andern Theils in einen solchen Irrthum versetzt worden ist, welcher die Einwilligung schlechterdings ausschließt, ist gleichviel. Der Betrug macht das Verlöbniß ungültig, er mag von dem andern Contrahenten oder von einem

30) *Ern.* Tenzell Diss. de parentum consensus per magistratum circa liberorum sponsalia suppletione. Erf. 1710. rec. 1713. *Frid.* Gaertner Diss. de supplendo consensu in sponsalibus secund. ius comm. et Hassiac. *Marb.* 1789. Boehmer cit. Diss. §. 27. et 28.

31) *L.* 20. *D. de ritu nupt.*

Dritten begangen worden seyn [32]). Daß aber in diesem Falle nicht dem Betrüger, sondern nur dem Betrogenen das Recht zustehen könne, von dem Eheversprechen abzugehen, und daß daher ersterer an sein Versprechen gebunden sey, wenn dem Letztern daran liegt, daß es bey dem Eheversprechen bleibe, lehrt schon die Vernunft, weil Jener aus seinem Dolus keinen Vortheil ziehen kann [33]), diesem aber freystehen muß, sich seines Rechts zu begeben [34]). Es ist demnach eine höchst abgeschmackte und nicht zu billigende Entscheidung des Pabstes Innocenz III. wenn er in dem *Cap* 26. X. *de sponsalib.* einem Betrüger, welcher, um ein Mädgen zum Beyschlafe zu bewegen, sich mit ihr verlobt, und, um an sein Versprechen nicht gebunden zu seyn, sich sogar einen falschen Namen beygelegt hatte, darum gestattet, von dem Eheversprechen, auf dessen Erfüllung die betrogene Braut klagte, wieder abzugehen, weil er nicht die Absicht gehabt habe, sie zu heyrathen, wie auch Böhmer [35]), wenn gleich Altesezra [36]) sie zu vertheidigen sucht, sehr richtig erinnert hat.

32) Brouwer *de iure connubior.* Lib. I. cap. 19. und Schott's Eherecht. §. 90.

33) *L.* 1. §. 1. *D. de doli mali et met. except.* *L.* 134. §. 1. *D. de div. reg. iur.* Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. 3. §. 7. und Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 268. S. 598.

34) *Arg. L.* 29. *C. de pact.*

35) Ad Cap. 26. X. h. t. Not. 72. vorzüglich aber in iure eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 142. pag. 1195. sq.

36) Innocentius III. ad cap. cit. 26. pag. 506.

Die Einwilligung darf ferner 2) nicht widerrechtlich erzwungen seyn [37]), sonst ist das Eheverlöbniß nichtig, und es ist gleichviel, ob der Zwang durch eine wirkliche Zufügung oder bloße Androhung von Uebeln verübt worden ist, wenn nur, wie die Gesetze sagen, der metus illatus ein solcher war, qui posset in virum constantem cadere [38]). Dieß muß, wie schon an einem andern Orte [39]) ausgeführt worden ist, aus den Umständen beurtheilt werden, und es kommt hierbey zugleich auf die körperliche Beschaffenheit des in Furcht gesetzten an [40]). Eine blos eingebildete Furcht, welche durch keine, oder wenigstens keine gefährliche Drohungen erweckt wurde, vernichtet ein Eheversprechen nicht. Für eine solche Furcht hält man gewöhnlich den metus reverentialis, welche blos aus Scheu und Ehrfurcht gegen eine gewiße Person, ohne alle Drohungen, entstand [41]), jedoch kommt es auch hierbey, wie Böhmer [42]) sehr richtig bemerkt, auf die Umstände an. Auch selbst dem Vater giebt die väterliche Gewalt kein Recht, seine Kinder wider ihren Willen zur Ehe zu zwingen [43]). Nach dem ältern Röm. Recht hing

37) *L.* 14. *C. de nupt.*

38) *Cap.* 15. *et* 28. X. *h. t.* Brouwer Lib. I. cap. 17. Boehmer Jus Eccles. Prot. Vol. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 133.

39) S. den 4. Th. §. 3000. f. und den 5. Th. dieses Commentars. §. 445. u. 446.

40) *Cap.* 6. *X. h. t.*

41) *L.* 6. *C. de his, quae vi metusve causa.*

42) Jur. eccles. Protest. c. l. §. 133.

43) *L.* 12. *Cod. de nupt.* Impp. Dioclet. et Maximian. Nec filium quidem familias invitum ad uxorem ducen-

zwar die Verehlichung der Kinder lediglich von der Willkühr und dem Befehle des Vaters ab; der Vater schloß für seine Kinder die Ehen, und konnte sie auch wieder nach Gefallen aufheben, den Kindern blieb nichts als der Gehorsam übrig [44]. Allein das neuere Recht hat diese Härte gemildert, und erfordert bey der Verheyrathung der Kinder zwar die Einwilligung des Vaters, aber auch die Einwilligung der Kinder, ohne welche so wenig ein Verlöbniß als eine Ehe bestehen kann. So war es zu den Zeiten des Julianus und Paulus. Ersterer sagt *Lib. XVI. Digestor.* woraus die *L. 11. D. h. t.* entlehnt ist: Sponsalia, sicut nuptiae *consensu contrahentium* fiunt: et ideo, sicut nuptiis, ita sponsalibus *filiamfamilias* consentire oportet. Letzterer sagt noch bestimmter *L. 2. D. de ritu nupt.* welche aus desselben *Lib. XXXV. ad Edictum* genommen ist; Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes: id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt. Es blieb jedoch ein Unterschied zwischen dem Sohn und der Tochter. Erster konnte dissentiren, wenn ihm die von dem Vater angetragene Braut nicht gefiel. Der letztern hingegen war dieß nur in dem Falle erlaubt, wenn der vom Vater für sie außersehene Bräutigam ein unmoralischer schändlicher Mensch war. Folgende Stellen des Röm. Gesetzbuchs bestätigen diesen Unterschied.

dam cogi, legum disciplina permittit. Igitur, sicut desideras, observatis iuris praeceptis sociare conjugio tuo quam volueris, non impedieris: ita tamen, ut contrahendis nuptiis patris tui consensus accedat.

44) Brouwer Lib. I. cap. 7.

L. 12 *D. h. t.* Ulpianus *libro singul. de sponsalib.* Sed quae patris voluntati non repugnat, *consentire* intelligitur.

§ 1. Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia *filiae* conceditur, *si indignum moribus, vel turpem sponsum ei pater eligat.*

L. 13. *D. eodem.* Paulus *Libro V. ad Edictum.* Filiofamilias dissentiente, sponsalia nomine eius fieri non possunt.

In Ansehung der Töchter wurde also das ältere Recht nur modificirt, dem Vater aber bey der Verheyrathung derselben noch immer viel Gewalt gelassen. Was daher die Hermione beym Euripides[45]) sagt:

> *Νυμφευμάτων δὲ τῶν ἐμῶν πατὴρ ἐμὸς*
> *Μέριμναν ἕξει, κ'ὀνκ ἐμόν κρίνειν τάδε,*

Curabit parens nuptias meas, quippe quae non sunt arbitrii mei; eben dasselbe verordneten auch noch die Kaiser Honor und Theodos *L.* 20. *Cod. de nupt.* In conjunctione filiarum in sacris positarum patris exspectetur arbitrium. Und es blieb also wahr, was Donatus[46]) sagt: *Summa potestas nuptiarum in patre puellae est.* Das kanonische Recht kennt aber diesen Unterschied nicht, und will durchaus nicht, daß Eltern ihre

45) *Androm.* 987. sq.

46) *In Andr.* IV. 4. v. 2. Vergl. auch Plautus in *Sticho* Act. I. Sc. I. v. 52. S. Boehmer cit. Diss. Cap. II. §. 11. und *Jo. Conr.* Stieglitz Diss. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi. *Halae* 1757. §. 3. et 5.

Kinder wider ihren Willen zur Ehe zwingen [47]. Es erhellet zugleich hieraus, daß nichts darauf ankommt, ob der Zwang von dem andern Contrahenten oder von einem Dritten geschehen ist. Man nimmt jedoch den Fall aus, wenn der Gezwungene durch eigne unerlaubte Handlung sich der nicht ungerechten Gewalt des Zwingenden ausgesetzt hat [48]. Daher kann sich derjenige, welcher ein unbescholtenes Mädgen beschlafen hat, und von dem Vater genöthiget worden ist, sich mit ihr ehelich zu versprechen, über keine ungerechte Gewalt beschweren [49]. Ungestüme und zudringliche Ueberredungen werden dem Zwange gleichgeachtet, und haben Nichtigkeit des Eheversprechens zur Folge [50]. Ein widerrechtlich erzwungenes Eheverlöbniß ist nun an sich nichtig, wenn auch ein Eid hinzugekommen wäre [51]. Endlich

47) *Can.* 3. *Caus.* XXXI. *Qu.* 2. *Cap.* 14. *et* 17. *X. de sponsal. Cap.* 11. *X. de desponsat. impub. Guil.* Ranchinus Variar. Lection. Lib. II. cap. 4. und Berardi in Gratiani canones. P. II. Tom. II. Cap. 85. pag. 367.

48) Boehmer iur. eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 1. §. 135.

49) Schott's Eherecht. §. 88. Not. ****. Jedoch sind die von ihm angeführten Texte noch vielem Zweifel unterworfen. Denn das *cap.* 1. *et* 2. *X. de adult. et stupro* werden h. z. T. blos von einer alternativen Verbindlichkeit erklärt. *van* Espen ius eccles. un. P. III. Tit. 4, §. 35. und gegen das *cap.* 15. *X. h. t.* dürfte sich noch viel einwenden lassen.

50) Boehmer c. l. §. 134. und *Jo. God.* Krause Diss. de eo, quod iustum est, circa persuasiones intuitu sponsaliorum. *Vitemb.* 1724.

51) *Cap.* 2. *X. de eo, qui duxit in matrim.* Der *Can.* 22. *Caus.* XXII. *Qu.* 4. den man hierbey noch zu citiren

3) darf die Verlöbniß-Einwilligung auch keinen wesentlichen Irrthum zum Grunde haben. Dahin gehört a) Irrthum in der Person des Andern[52], b) Irrthum in Ansehung solcher Eigenschaften des Andern, welche der Irrende entweder zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, oder wenigstens als stillschweigende Bedingung voraussetzen konnte. Z. B. Irrthum in Ansehung des Vernunftgebrauchs[53], der Fähigkeie zum Beyschlaf[54] des freyen und unbescholtenen Zustandes[55], mithin auch Irrthum in Ansehung der Jungferschaft. Daß deshalb ein Eheverlöbniß aufgehoben werden könne, hat wohl weniger Zweifel, als die Frage, ob deshalb eine schon vollzogene Ehe getrennt werden könne. Denn das Erstern geben alle zu[56],

pflegt, ist unächt. S. Berardi in Gratiani canones. Tom. IV. Cap. 19. pag. 345.

52) Gratianus *can. un.* §. 2. *C. XXIX. Qu.* 1. Error personae coniugii consensum non admittit. S. van Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. 4. (*Oper.* a Giberto *editor.* Tom. II. pag. 141.) Sollte es jedoch zum Beyschlafe gekommen seyn, so meint Brouwer de iure connub. Lib. I. cap. 18. nr. 10. pag. 175. das Verlöbniß könne der Billigkeit wegen für gültig erklärt werden, wenn der Braut, in deren Person sich der Bräutigam irrte, kein Dolus zur Last fällt.

53) *Cap.* 24. *X. h. t.*

54) *Cap.* 5—7. *X. de frigid. Plac.* Boeckhn Comm. in Decretal. Lib. IV. Tit. 1. nr. 45. Schott's Eherecht. §. 89. Not. **).

55) *Can. un.* §. 2. *C. XXIX. Qu.* 1. *Cap.* 4. *X. de coniugio servor.* Schott a. a. O. Not. *).

56) *Ben.* Carpzov. Jurisprud. ecclesiast. s. consistor. Lib. II. Tit. 10. Def. 187.

weil die Jungfrauschaft bey dem hohen Werthe, den der Mann bey cultivirten Nationen darauf setzt, eine solche Eigenschaft ist, welche jeder Bräutigam, der sich nicht mit einer Wittwe verlobt, bey seiner Braut billig, als stillschweigende Bedingung, voraussetzt. Es ist also mit Grund anzunehmen, daß der Bräutigam, wenn er den Mangel derselben gewußt, einer schon von Andern entehrten Braut die Ehe gewiß nicht versprochen haben würde. Ja die bewährtesten Practiker behaupten sogar, daß auch die Braut berechtiget sey, ihrem Bräutigam, den sie für einen unbescholtenen Junggesellen gehalten, den Abschied zu geben, wenn sie nachher das Gegentheil erfährt [57]). Viel mehreren Zweifeln ist hingegen die Frage unterworfen, ob der Mangel der Jungferschaft auch eine rechtmäßige Ursache

57) Carpzov c. l. Def. 188. Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 18. nr. 37, pag. 189. u. 190. Nicolai Tr. de repudiis et divort. Cap. 2. nr. 66. Stryk de dissensu sponsalitio. Sect. II. §. 34. *Nic. Hier.* Gundling Comm. qua doctrina vulgaris, maiorem a feminis, quam a viris requirens castitatem, sub examen revocatur. §. 21—28. Es lassen sich für diese Meynung auch Stellen in dem kanonischen Recht finden. So sagt Ambrosius in Gratians Decrete *can.* 4. *Caus. XXXII. Qu.* 4. Eadem a viro, quae ab uxore, debetur castimonia, und Augustinus sagt ebendaselbst *can.* 2. *Caus. XXXII. Qu.* 6. Si ducturi estis uxores, servate vos uxoribus vestris. Quales vultis eas inveniri, tales et ipsae inveniant vos. *Quis iuvenis est, qui non castam velit ducere uxorem?* Et si accepturus est virginem, *quis non intactam desideret?* Intactam quaeris? *intactus esto*: puram quaeris? *noli esse impurus*. Non enim illa potest, quae tu non potes.

zur Trennung einer bereits vollzogenen Ehe gebe, quia turpius eiicitur, quam non admittitur hospes, wie Pabst Innocenz *III.* sagt[58])? Es ist hier vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der Mangel der Jungferschaft mit einer wirklichen Schwangerschaft der Braut verbunden ist, oder nicht. Im ersten Falle sind Katholiken und Protestanten einverstanden, daß die Ehe nichtig sey. Hier tritt auf Seiten des Mannes der absolute Mangel seiner Einwilligung, auf Seiten der Frau aber, die schon vor der Ehe von einer andern Mannsperson schwanger war, ein offenbarer Betrug ein, und beyde vereint wirken zu einem Ziele, Nichtigkeit der Ehe, wenn das Weib dem Manne vor der Ehe ihren Zustand nicht entdeckte[59]). Zwar läßt sich im allgemeinen nicht behaupten, daß eine Weibsperson schuldig sey, ihre Schwachheiten zu eröffnen, man kann daher auch nicht sagen, daß eine Frauensperson betrügerisch handle, welche nicht um ihre Jungfrauschaft befragt worden, und den Mangel derselben verschweigt. Aber dann ist ihr Schweigen ein offenbarer Dolus, wenn dem andern Theile daraus ein Nachtheil erwächst. Dieß ist nun aber unstreitig hier der Fall, wenn die Frau von einem andern Manne schwanger ist, und eine fremde Geburt in die

58) *Cap.* 25. §. 1. *X. de iureiur.*

59) S. von Gönner auserlesene Rechtsfälle. 3. Band, Nr. XXVIII. §. 9. S. 25. ff. Ant. Michl's Kirchenrecht für Katholiken u. Protestanten. §. 70. S. 318—320. *Jos. Jo. Nep.* Pehem Praelection. in ius eccles. univ. Tom. II. §. 496. *Ben.* Carpzov Jurisprud. eccles. s. consistor. Lib. II. Tit. XI. Definit. 193. und Georg Ludw. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes, 2. Abth. Nr. 63. S. 490—494.

Familie des Mannes bringt. In dem andern Falle hingegen, da von keiner Schwangerschaft der Braut die Rede ist, sondern wo blos der Mann erfährt, seine Frau habe schon ledigen Standes ein Kind gehabt, oder habe sonst mit einer Mannsperson in Unzucht gelebt, kurz sie sey nicht die unbescholtene Jungfer gewesen, wofür er sie gehalten habe, weichen die Grundsätze der katholischen und protestantischen Kirchenrechtslehrer von einander ab. Erstere läugnen, daß nach dem kanonischen Rechte und nach katholischen Grundsätzen wegen eines solchen Mangels der Jungfrauschaft die Ehe für null und nichtig zu erklären sey [60]). Das kanonische Recht, welches ihnen hierin zur Norm dient, verordnet nämlich *can. un.* §. 5. *in fin. Caus.* XXIX. *Qu.* 1. Qui ducit in uxorem meretricem, vel corruptam, quam putat esse castam, vel virginem, non potest eam dimittere et aliam ducere, und in dem *cap.* 25. X. *de iureiur.* heißt es: Si vir mulieri iurasset, quando contraxit cum illa, quod eam semper pro legitima uxore teneret, pro fornicatione, quam mulier antea commisisset, non potest eam dimittere. In Gemäßheit dieser Stellen des kanonischen Rechts machen daher alle katholische Kirchenrechtslehrer [61]) inter errorem circa ipsam

60) *Ant.* Schmidt Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 94. Not. von Gönner in den angef. Rechtsfällen. 3. B. S. 23—25. Michl's Kirchenrecht. S. 319.

61) *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris canonici Lib. IV. Tit. 1. §. 4. *Zeg. Bern. van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. 4. Oper. a *Giberto* editor. Tom. II. pag. 141. *Ant.* Schmidt Institut. iur. eccl. Germ. c. l. *Jos. Jo. Nep.* Pehem Praelect. in ius

substantiam matrimonii, ipsam nimirum personam alterius contrahentis, und qui tantum versatur circa *qualitatem* personae, einen Unterschied, und halten zwar jenen zur Annullirung der Ehe für hinreichend, nicht aber diesen, zu welchem sie dann den Irrthum in Ansehung der Jungferschaft rechnen. Da jedoch die angeführten Gesetze blos von dem Mangel der Jungfrauschaft handeln, den Fall einer vorhandenen Schwangerschaft aber nicht berühren; so zeigen sie nun noch, daß zwischen beyden Fällen ein zu wesentlicher Unterschied sey, als daß die Gründe der Legislation des canonischen Rechts in dem einem Falle, auch in dem andern Falle Statt hätten. Eine gewisse Begünstigung und Nachsicht, welche das kanonische Recht [52]) gegen gefallene Personen trägt, um sie von ihrem Fehler wieder auf bessere Wege zu bringen; die Erwägung, daß nach der Natur der Sache die Jungferschaft eine solche Eigenschaft sey, ohne welche auch eben so gut der Zweck der Ehe erreicht werden kann, und daß ein Mann mit einer gefallenen Person bey ihren sonstigen guten Eigenschaften eben so vergnügt und glücklich leben könne; die Voraussetzung, daß der gemeine Mann, bey

eccles. univ. P. II. §. 496. *Maur.* Schenkl Institut. iur. eccles. Germ. P. II. §. 628. u. a. m.

62) *Cap.* 20. X. *h. t.* Inter opera charitatis non minimum est, errantem ab erroris sui semita revocare, ac praesertim mulieres voluptuose viventes, ut caste vivant, ad legitimum tori consortium invitare. Haec igitur attendentes statuimus, ut omnibus, qui publicas mulieres de lupanari extraxerint, et duxerint in uxores, quod agunt, in remissionem proficiat peccatorum.

allein dem hohen Werthe, welcher der Jungfrauschaft mit Recht beygelegt wird, auf dieselbe doch der Erfahrung nach nicht immer einen so hohen Werth setze, daß diese Eigenschaft als conditio sine qua non von jedem Manne stillschweigend angenommen werden könne; die Erfahrung, daß öfters eine gefallene Person durch gutes Verhalten ihren längst vergessenen Fehler verbessert, und sich zur Würde eines moralisch guten Weibes wieder emporgeschwungen habe, so wie die Hoffnung, daß sie ihrem Manne um so treuer seyn werde, je mehr sie den vergangenen Fehler wieder gut zu machen habe; und endlich die Besorgniß, daß zum Nachtheil des gemeinen Wesens Ehen nur gar zu häufig als nichtig aufgelößt werden müßten, wenn ein solcher Irrthum circa qualitatem personae für eine dazu hinreichende Ursache gehalten werden sollte, dieß sind die Gründe, weswegen der bloße Mangel der Jungferschaft als keine hinreichende Ursache zur Annullirung einer bereits vollzogenen Ehe von dem kanonischen Rechte angesehen wurde. Allein alle diese Gründe, so wie die angeführten Gesetze selbst, setzen doch nur den Fall eines bloßen Irrthums voraus, nicht aber den, wo das Weib gegen ihren Mann betrügerisch gehandelt hat. Dieß ist nun aber der Fall, wenn sie sich zur Zeit des geschlossenen Ehevertrags von einem andern Manne schwanger befindet. Hier bringt sie nicht blos, wie eine ehemals geschwächte Person, dem Manne ihre Jungfrauschaft nicht mit, sondern dringt ihm noch überdem eine fremde Geburt auf; und wenn bey jener durch gutes Verhalten, oder Länge der Zeit der Fehler längst vergessen, ja dieselbe in den Augen der Welt und in der öffentlichen Meinung als eine unbescholtene und tugendhafte Person geachtet seyn kann; so ist dagegen die Schwangerschaft einer

Frau, welche nicht lange nach der Ehe mit einem erhurten Kinde niederkommt, für die Ehre des Mannes zu schimpflich, und ihre Niederkunft mit einem so öffentlichen Aufsehen verknüpft, daß seine Ehre anders nicht, als durch die Annullirung einer solchen Ehe wieder hergestellt werden kann. Wenn nun aber gleich die katholischen Kirchenrechtslehrer wegen des blossen Irrthums in Ansehung der Jungferschaft nach ihren Grundsätzen die Aufhebung der Ehe nicht zulassen wollen; so nehmen sie doch den Fall aus, wenn bey dem Eheversprechen die Jungfrauschaft zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden ist. Denn hier handelte die Frau ebenfalls dolos, daß sie, wohl wissend den Mangel der zur Bedingung gemachten Qualität, dennoch ein solches Eheversprechen einging, und gänzlicher Mangel an Einwilligung auf Seiten des Mannes, wegen nicht existirender Bedingung, sind hier die Gründe, aus welchen auch Katholiken eine solche Ehe für nichtig zu erklären kein Bedenken finden [63]. Diese Ausnahme bekräftiget aber die Regel in den nicht ausgenommenen Fällen um so mehr, als nach ihren Grundsätzen die Heiligkeit des Sacraments, so viel möglich, aufrecht erhalten werden muß.

Die protestantischen Theologen und Rechtsgelehrten weichen hierin von den Grundsätzen der Katholiken ganz ab [64]. Sed merito, sagt der um das Kirchenrecht un-

63) S. Schmidt cit. Institut. iur. eccl. Tom. II. §. 94. und Michl's Kirchenrecht. S. 318.

64) Carpzov Jurispr. eccles. Lib. II. Tit. 11. Definit. 193. *Just. Henn.* Boehmer Jur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 5. §. 2. *Sam.* Stryk diss. de nullitate matrimonii. §. 25. Brückner Decision. matrimonial. Cap. 20. *Car. Christ.* Hofacker Princip. iur. civ.

sterblich verdiente Böhmer [64]), ab hac sententia nostrates secessum fecerunt, non quidem ex ea ratione, quasi hic subsit *error substantialis* (nam in quo ille latitet, doceri nequit, quamvis ad hunc provocet Carpzov [66]), sed potius, quod *conditio tacita* deficiat, qua subintellecta matrimonium vel sponsalia cum sponsa iniit. Sie erklären daher den entdeckten Mangel der Jungferschaft für ein impedimentum dirimens, ohne Unterschied, er sey mit einer Schwangerschaft verbunden oder nicht, die Jungfrauschaft sey bey Schließung des Ehevertrags zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden oder nicht. Diese Meinung und Praxis der Protestanten hat nicht nur das Mosaische Recht für sich, nach welchem die Frau, wenn der Mann bey der ersten Beywohnung sie nicht als Jungfrau fand, verstossen werden konnte [67]), sondern man hat auch gezeigt, daß sie selbst dem Ausspruche Christi über Ehescheidung gemäß sey. Denn Christus erlaubt die Ehescheidung wegen Hurerey [68]). Das Wort Hurerey, *πορνεία*, bezeichnet aber nicht blos Unzucht während des Ehestandes, denn

Rom. Germ. Tom. I. §. 474. Schott's Eherecht. §. 89. und *Chr. Henr.* Breuning Quaest. iur. controv. an defectus virginitatis declarationi nullitatis matrimonii concedat locum? *Lipsiae* 1776. von Theologen *Sal.* Deyling Institut. prudentiae pastoral. P. III. Cap. 6. §. 59. *Jo. Laur. a* Mosheim Diss. de divortio. §. 10. Joh. David Michaelis Mosaisches Recht. 2. Th. §. 92. u §. 93.

65) Cit. loc. Tom. III. pag. 1315.

66) Jurispr. eccles. Lib. II. Def. 187. nr. 7. et def. 193.

67) 5. B. Moses Kap. XXII. v. 13, ff.

68) Matthäus Kap. V. v. 32. und Kap. XIX. v. 7.

Christus redet nicht blos vom Ehebruche, μοιχεια, sondern gebraucht einen Ausdruck, welcher auch sehr wohl von einer schon vor der Ehe begangenen Unzucht verstanden werden kann. Da nun nach Moses Gesetzen ein Mann seine Frau, bey der er kein Zeichen der Jungferschaft fand, für eine Hure zu halten berechtigt war, und sie sogar, wenn er streng seyn wollte, peinlich anklagen konnte, so ist klar, daß die Juden, welche Christus über die Rechtmaßigkeit der Ehescheidung belehrte, ihn nicht anders verstehen konnten, als so, daß es dem Manne erlaubt sey, seiner Frau den Scheidebrief zu geben, wenn sie entweder vor der Ehe Unzucht getrieben, und bey Schließung der Ehe ihren Mann betrogen, oder wenn sie nachher die eheliche Treue gebrochen hat[69]). So ist es denn also selbst nach dem Ausspruche Christi, vor dem Richterstuhl Gottes und des Gewissens, dem Mann erlaubt, sich von seiner Frau sogleich wieder scheiden zu lassen, wenn er sie in der ersten Nacht nicht als Jungfer fand, und wir haben nun nicht weiter nöthig, mit Gerh. Noodt[70]) die Gründe für die Lehre der Protestanten in dem römischen Rechte[71]) aufzusuchen, da der Unterschied zwischen der Schließung einer Ehe und dem Kaufe einer römischen Sklavin zu auffallend ist, als daß sich von dem letztern auf die erstere ein gültiger Schluß machen ließe.

Irrthum in Ansehung der Vermögensumstände, so wie der Standesgleichheit, und des Charakters des andern

69) Man vergleiche hier vorzüglich Michaelis a. a. O. §. 93.

70) Commentar. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 2. §. Tertium. Tom. II. *Oper.* pag. 489.

71) *L.* 11. §. 5. *D. de act. emti vend.*

Theils werden für irrelevant gehalten. "*Error fortunae* et *qualitatis* coniugii consensum non excludit," sagt Gratian *can. un.* §. 2. *Caus.* XXIX. *Qu.* 1. und erklärt sich darüber folgendermassen: "Error *fortunae* est, quando hic putatur esse dives, qui est pauper, vel e converso. Error *qualitatis*, quando putatur esse bonus, qui malus est. So lehren auch die meisten sowohl katholische als protestantische Rechtsgelehrten[72]. Ratio iuris est, sagt Brouwer[73], quod bonorum vel dignitatis consideratio non pertineat ad matrimonii substantiam, quod personarum coniunctio, non rerum est, und Anton Schmidt[74] fügt noch den Grund hinzu, quod, cum errores eiusmodi circa personarum *adfectiones, dotes, indolem, fortunas* etc. sint frequentissimi, inextricabili quadam difficultate plurima matrimonia ex eiusmodi capite tanquam nulla impeterentur. Da es indessen doch immer leichter ist, Sponsalien wieder aufzuheben, als eine schon wirklich vollzogene Ehe, cum multo facilius contrahentes sponsalia, suspendere soleant suum consensum ab aliqua qualitate personae aut rei, quam contrahentes matrimonium, wie van Espen[75] sehr

72) *Zeg. Bern. van* Espen Jur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 13. Cap. 4. §. 4. *Henr.* Brouwer de iure connub. Lib. I. cap. 18. nr. 16. p. 177. *Ant.* Schmidt Instit. iur. eccles. Tom. II. §. 94. *Maur.* Schenkl Instit. iur. eccles. P. II. §. 628. not. *). Schott's Eherecht. §. 89. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 709.

73) Cit. loc.

74) Cit. loc. in nota pag. 132.

75) Cit. loc. Cap. 4. §. 6. pag. 142.

richtig sagt; so behaupten mehrere nicht ohne Grund, daß bey Sponsalien der Irrthum auch in Ansehung solcher Umstände, welche in Rücksicht einer schon geschlossenen Ehe nur als Nebenumstände betrachtet werden, alsdann nicht für irrelevant zu halten sey, wenn der Mangel dessen, mit dessen Vorhandenseyn der eine Theil sich täuschte, eine üble Ehe befürchten läßt [76]. Denn es verdient allerdings Beherzigung, was Franz Duaren [77]) sagt: Quoties iusta aliqua ratio suadet, e re ipsorum contrahentium non fore coniunctionem, veluti quia periculum est forte, ne perpetuum inter eos odium atque dissidium sit, iudex ad dissolvenda sponsalia, quam ad eos matrimonio iungendos, propensior esse debet. Daher hält es Wernher [78]) nicht ohne Grund für eine rechtmäßige Ursache von einem Eheverlöbniße wieder abzugehen, wenn sich die Braut, dem Sprüchwort trauend: alle Freyer reich [79]), in Ansehung der Vermögensumstände ihres Bräutigams geirrt, und dessen gänzliches Unvermögen, eine Frau zu ernähren, nachher in Erfahrung gebracht hat. Ja ist ein solcher error fortunae et qualitatis mit einem Dolus des andern Theils verbunden, oder ist ein solcher sogenannter bloßer Nebenumstand bey dem Eheversprechen zur aus-

76) S. *Ge. Steph.* Wiesand Opuscula iurid. p. 245. sqq.

77) Commentar. ad Tit. Dig. Soluto matrimon. dos quemadmod. pet. Cap. de Sponsalib. §. 4. in fin. *Oper.* pag. 243.

78) Select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 224.

79) Eisenhart's Grundſ. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. S. 104. ff. und Püttmann Adversarior. iur. univ. Lib. I. Cap. 8.

drücklichen Bedingung gemacht worden; so behaupten selbst katholische Kirchenrechtslehrer [80], daß wegen Mangels einer solchen Eigenschaft sogar eine schon geschlossene Ehe aufgehoben werden könne.

Uebrigens kann die durch Betrug, oder Zwang oder Irrthum entstandene Nichtigkeit der ehelichen Verbindung in der Folge durch Ratihabition geheilet werden, welche sich denn auch der schuldige Theil billig gefallen lassen muß [81]; weil die Gesetze blos zu Gunsten desjenigen Theils den Vertrag für nichtig erklären, dessen Einwilligung durch den Betrug, Zwang, oder Irrthum ausgeschlossen wurde. Sie hat überdies rückwirkende Kraft [82]). Sie setzt aber freilich voraus, daß der betroffene Theil auch wisse, daß er ein Klagerecht gehabt habe. Es muß also der Betrug oder Irrthum entdeckt seyn, und der Zwang aufgehört haben. Unter diesen Umständen kann denn auch die Genehmigung stillschweigend geschehen, nämlich durch solche Handlungen, wodurch der benachtheiligte Ehegatte den andern als seinen Ehegatten erkannt und behandelt hat [83]).

80) *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 1. §. 4. nr. 2. *Ant.* Schmidt Institut. iur. eccl. T. II. §. 94. *Maur.* Schenkl Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 628. not. ***). Michl's Kirchenrecht. §. 70.

81) *J. H.* Boehmer iur. eccl. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 142. Schott's Eherecht. §. 91.

82) Denn wo ein Geschäft blos wegen mangelnder Einwilligung ungültig ist, da wird die erfolgte Genehmigung immer auf den Anfang desselben zurückgezogen. S. Gottl. Hufeland über die verschiedenen Wirkungen der Genehmigung von Geschäften, in Desselben Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. B. Nr. IV. S. 222.

83) Schott a. a. O. Note ***).

Eine solche Handlung ist nun zwar vorzüglich der nach gehobenem Fehler freywillig vollzogene Beyschlaf [84]; doch kann man auch noch den Fall hierher rechnen, wenn der benachtheiligte Ehegatte wissentlich die Zeit verstreichen ließ, binnen welcher er nach Vorschrift der Gesetze die Nichtigkeitsklage hätte anstellen sollen [85].

§. 1194.

Verschiedene Art, die Verlöbniß-Einwilligung zu erklären.

Zur gültigen Schließung eines Eheverlöbnisses wird also nach dem gemeinen Rechte weiter nichts, als die bestimmte freie und wechselseitige Willenserklärung der sich Verlobenden erfordert [86]). Zwar können Zeugen hinzugezogen, auch kann ein schriftlicher Aufsatz errichtet werden; allein zur Gültigkeit eines Eheversprechens wird dieses nach gemeinem Rechte nicht erfordert [87]). Ein Mahlschatz, arrha sponsalitia, ist zwar gewöhnlich, aber auch nicht nothwendig. Es wird davon §. 1226. gehandelt werden. Es muß nur 1) die Verlöbnißeinwilligung bestimmt erklärt, das heißt, sie muß auf ein gewisses Individuum gerichtet seyn. Es wäre daher kein gültiges Eheversprechen ge-

84) *Cap.* 21. *X. h. t.* *Cap.* 4. *X. Qui matrim. accus. poss.*

85) S. Handbuch des Baierischen Kirchenrechts. 2. Th. §. 138. und Preuß. Landrecht. 1. Th. 4. Tit. §. 45.

86) *L.* 4. *D. h. t.* Ulp. *lib.* 35. *ad Sabinum.* Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. S. Brouwer de iure connub. Lib. I. cap. 20. und Schult. Synt. iur. civ. T. II. Exerc. XXIX. Th. 4.

87) *L.* 7. *D. h. t.* Paulus *lib.* 35. *ad Edictum.* In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. S. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. ecclesiast. P. IV. §. 9.

schehen, wenn Jemand zu drey Schwestern gesagt hätte eine von euch will ich einst heyrathen, gesetzt auch, daß alle drey Ja gesagt hätten. Denn da auf einen solchen unbestimmten Heyrathsantrag keine von allen dreyen ein bestimmtes Gegenversprechen machen kann, so kann auch für keine derselben ein rechtlicher Anspruch entstehen [88]. Ich kann daher denen [89]) nicht beytreten, welche auch ein solches unbestimmtes Eheversprechen in so weit für gültig halten wollen, daß der Promittent eine von den drey Schwestern, unter welchen ihm jedoch die Wahl freystehe, zu heyrathen schuldig sey, und nur dann, wenn die Gewählte die Ehe mit ihm nicht eingehen will, von seiner Verbindlichkeit gegen die übrigen frey sey.

2) Die Erklärung der Verlöbnißeinwilligung kann sowohl persönlich, als unter Abwesenden durch Briefe, oder durch einen Boten, oder Unterhändler, oder einen besonders dazu Bevollmächtigten geschehen. Ulpian sagt *L.* 18. *D. h. t.* welche aus desselben *lib. IV. ad Edictum* genommen ist: In sponsalibus constituendis parvi refert, per se et coram, an per internuncium [90]),

88) *Plac.* Boeckhn Commentar. in Decretal. Lib. IV. Tit. 1. nr. 68. *Jos. Val.* Eybel Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 345. not. a. pag. 259. *Jos. Jo. Nepom.* Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 415. Ant. Michl's Kirchenrecht für Katholiken und Protest. §. 61. S. 277.

89) *Ant.* Schmidt Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 74. Not. *) pag. 93. und *Maur.* Schenkl Instit. iuris eccles. Germ. Part. II. §. 642. Not. *). (*Ingolstadii* 1791.)

90) Cod. Erl. lieset per nuntium. Eben so Haloander, der griechische Scholiast, welcher in den Basiliken

vel per epistolam, an per alium [91]) hoc factum est: et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur. Es ist ein sehr gewöhnlicher Fall, daß Sponsalien durch Mittelspersonen geschlossen werden, welche dann entweder als bloße Boten die ihnen durch den Absendenden eröfnete Willenserklärung mündlich ausrichten, oder als Unterhändler, proxenetae, conciliatores nuptiarum [92]), oder als Bevollmächtigte an

Tom. IV. pag. 222. not. n. diese ganze Stelle Ulpians wörtlich übersezt hat, lieset auch ἢ δι ἀγγέλου τινος, *an per nuntium aliquem.*

91) *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. Princ. (Tom. II. *Oper.* pag. 488.) meint, die Worte: *an per alium* seyen auszustreichen, denn sie seyen entweder einer Vergessenheit des Auctors, oder dem Emblem eines Glossators zuzuschreiben, welcher vielleicht hierdurch die Worte an per internuncium zu erklären gesucht habe. Allein wenn gleich diese Worte auch in den *Baslilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 1. Const. 14. pag. 215. fehlen, wo es blos heißt: *καὶ διὰ μέσου*, i. e. *et per mediam personam*, so hat doch der griechische Scholiast Tom. IV. pag. 222. Sch. n. diese Worte: ἢ ἑτέρου an per alium heißt es daselbst ausdrücklich. Ich trage daher nach der Meinung, welche ich von den Erklärungen der griechischen Scholiasten schon an einem andern Orte (Th. 21. S. 239) geäußert habe, um so mehr Bedenken, der Noodtischen Emendation meinen Beyfall zu geben, da die übereinstimmende Leseart der Handschriften und Ausgaben eine solche Aenderung nicht füglich gestattet.

92) Von diesen Unterhändlern, welche man hier Freywerber zu nennen pflegt, versteht man auch die Worte Ulpians *L.* 5. *D. de proxenetic.* si quis forte conditionis, vel amicitiae — proxeneta fuit, welche auch mit den lezten Worten unserer *L.* 18. *D. h. t.* übereinstimmen. Denn *conditiones* sind hier Anwerbungen, Freyereyen, oder wie es Cujacius Observation. Lib. XI. cap. 18. erklärt, conditiones nuptiarum sive sponsalia. *Ant.* Faber Jurisprud. Papinianeae scientia. Tit. IX. Princ. V. Illat. 6. erklärt diesen Ausdruck in seiner Landessprache durch les parties. Dem Freywerber ist auch eine Belohnung, *proxeneticum*, φιλάνθρωπον, ἑρμηνευτικον, id est, *interpretativum*, seu *interpretis ho-*

scheinen. Es wird jedoch in diesem Falle eine Specialvollmacht erfordert, welche nicht nur auf die Schließung des Eheverlöbnißes namentlich gerichtet ist, sondern auch eine genaue Beschreibung der Person enthält, mit welcher das Verlöbniß geschlossen werden soll. Eine andere Vollmacht ist nicht hinreichend [93]. Es muß nur die Vollmacht nicht vor Abschließung des Eheverlöbnißes widerrufen worden seyn, sonst ist das ganze Geschäft nichtig, wenn auch

norarium, zu fordern erlaubt. *L.* 1. *L.* 3. *D. de proxenet.* Verbindet man jedoch mit *L.* 3. *cit.* die *L.* 1. *D. de extraord. cognit.* welche beyde aus Ulpians *libro VIII. de omnibus Tribunalibus* genommen sind, so dürfte wohl hier die Regel eintreten, welche Ulpian *L.* 1. §. 5. *D. de extraord. cognit.* giebt: Quaedam tametsi honeste accipiantur, *inhoneste tamen petuntur*, wie auch *Pet.* PERRENONIUS Animadversion. et variar. Lection. Lib. II. cap. 13. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. I. pag. 644.) bemerkt hat. In einer griechischen Constitution, welche CUJACIUS Observation. Lib. II. cap. 18. aus den Basiliken wieder hergestellt hat, und die *L. ult. Cod. h. t.* ist, ist dem Proxeneticum der Freywerber eine gewisse Grenze gesetzt; als ein nicht glossirtes Gesetz gilt es jedoch h. z. T. nicht. S. *Jo. Guil.* HOFFMANN Selectar. quae ad usum fori spectant, Observation. Syllog. Diss. VI. Obs. 49. Man sehe noch *Christ. Th.* REINHARD Diss. de conciliatoribus nuptiar. *Vitemb.* 1753. und HORST Diss. de proxenetico nuptiali, vulgo Kuppelpelz.

93) *L.* 34. *pr. D. de ritu nupt.* PAPINIAN. *Lib. IV. Responsor.* Generali mandato quaerendi mariti filiaefamilias, non fieri nuptias rationis est. Itaque personam eius patri demonstrari, qui matrimonio consenserit, ut nuptiae contrahantur, necesse est. Der Vater hatte hier der Tochter ein mandatum generale gegeben, sich einen Mann auszuwählen. Dieses Mandat berechtigte sie nicht, sogleich mit demjenigen, welchen sie sich auserseben hatte, eine Ehe zu schließen, sondern sie mußte die Person desselben dem Vater erst näher bekannt machen, wenn die Ehe mit demselben gültig seyn sollte. So verstehen auch die *Basilica* Tom. IV. p. 243. Const. 16. diese Stelle. Man sehe noch *Jac.* CUJACIUS Commentar. in Lib. IV. Responsor. Papin. Oper. postumor. a *Fabroto* editor. Tom. I. pag. 154.

die Contrahenten von dem geschehenen Widerrufe keine Wissenschaft erhalten hatten [94]. Eine Substitution findet auch hier nicht statt, wenn sie dem Bevollmächtigten nicht namentlich erlaubt worden ist [95]. Handelt Jemand als Freywerber für einen Andern ohne Auftrag, so gilt das Verlöbniß nur dann, wenn der Abwesende die Handlung des Freywerbers genehmiget [96].

3) Unter Gegenwärtigen kann die Verlöbniß-Einwilligung sowohl mit jeden dieselbe kategorisch ausdrückenden Worten, als durch Handlungen erklärt werden [97]. Jedoch werden dazu concludente Handlungen erfordert. Ein bloßer Kuß, oder die bloße Gebung und Annehmung eines Ringes ist also dazu nicht hinreichend, wenn nicht solches in der Absicht geschahe, um ein Eheverlöbniß dadurch gewiß zu machen [98]. Nur unter dieser Einschränkung

94) *Cap. ult. de procurator. in VIto.* wo Pabst Bonifacius VIII. rescribirt: Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc *mandatum* habuerit *speciale*. Et quamvis alias is, qui constituitur ad negotia procurator, alium dare possit: in hoc tamen casu, propter magnum, quod ex facto tam arduo posset periculum imminere, *non poterit deputare alium*, nisi hoc eidem specialiter sit commissum. Sane, si procurator, antequam contraxerit, a domino fuerit revocatus, contractum postmodum matrimonium ab eodem, *licet tam ipse, quam ea, cum qua contraxerit, revocationem huiusmodi penitus ignorarent*, nullius momenti existit: cum illius consensus defecerit, sine quo firmitatem habere nequivit. S. *Jos. Val.* Eybel Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 345.

95) *Cap. ult. cit. de proc in 6to.*

96) *L. 4. §. 1. L. 5. D. h. t.*

97) Die Worte sollen nach *Cap. 7. X. h. t.* in dem Sinne genommen werden, welchen sie nach dem gemeinen Sprachgebrauche haben, und in welchem sie einem Jeden verständlich sind. S. *Ant.* Schmidt Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 74. Not. **).

98) *Cap. 7. §. 3. Caus. XXX. Qu. 5.* Brouwer de iure connub. Lib. I. cap. 20. nr. 12 — 15. Boehmer iur.

gilt jetzt [99]) das Sprichwort: Ist der Finger beringt, so ist die Jungfer bedingt [100]). Ein bloßes Stillschweigen gilt jedoch noch nicht für eine Einwilligung, besonders bey der Frauensperson, weil ungewiß ist, ob sie nicht entweder aus weiblicher Schamhaftigkeit, oder aus kindlicher Furcht, oder weil ihr die angetragene Parthie nicht gefiel, ihre Willenserklärung zurückgehalten habe, überhaupt auch im Zweifel nicht vermuthet werden kann, daß Jemand sich zu einer für die ganze künftige Lebenszeit so einflußreichen Verbindung, wie die künftige Ehe ist, stillschweigend habe verbinden wollen [1]).

4) Auch Taube und Stumme können sich verloben, wenn sie durch Zeichen ihre Einwilligung deutlich zu erklären im Stande sind [2]).

eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 102. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 9.

99) Ich sage jetzt. Denn ehemals galt der Ring bey Frauenspersonen blos als Symbol ehelicher Verbindung. *L.* 36. §. 1. *D. de donat. inter virum et uxorem.* Juvenal. *Sat. VI. v.* 25. *sqq.* Tertullian. *Apologet. cap.* 6. Clemens. Alexandrin. Paedagogi Lib. III. cap. 11. S. *Joach.* Hildebrand de nuptiis veter. Christianor. pag. 35. und *Pet.* Müller Diss. de annulo pronubo. Th. 3. sqq.

100) Eisenhart's Grunds. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. IV. 3. S. 99. f.

1) Engel Colleg. univ. iur. canon. Lib. IV. Tit. 1. nr. 8. Riegger Instit. iurispr. eccles. P. IV. §. 9. und Michl's Kirchenrecht. §. 61. S. 275.

2) *L.* 73. *pr. D. de iure dot. Cap.* 23. *et* 25. *X. h. t.* Brouwer c. l. pag. 201. *D'*Avezan de sponsal. cap. 5.



